

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Reiteración de la jurisprudencia

DEFECTO SUSTANTIVO - Aplicación errada del término de prescripción al reajuste de la asignación de retiro

Debe la Sala resaltar que se observa en la sentencia acusada, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera imprecisa señaló que el derecho reclamado por el accionante, es decir, el derecho al reajuste de la asignación de retiro, prescribió, cuando en realidad al tratarse de un derecho contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, e inherente al derecho pensional, aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con fundamento en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es imprescriptible. (...) Así las cosas, resulta procedente amparar los derechos fundamentales del accionante, en tanto se observa que en las providencias referidas los jueces de instancia incurrieron en un defecto sustantivo pues se observa que de manera errada aplican el término de prescripción cuatrienal previsto para reclamar el pago de las diferencias correspondientes y disponen que no hay derecho al reconocimiento por prescripción, cuando de todas maneras el derecho del actor al incremento se causó y por tanto debía declararse sin perjuicio de la prescripción de las diferencias de las asignaciones mensuales que no se reclamaron en tiempo.

FUENTE FORMAL: LEY 238 DE 1995 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 14 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01175-00(AC)

Actor: PEDRO GERARDO BELTRAN BELTRAN

Demandado: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTA Y OTROS

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por el señor Pedro Gerardo Beltrán Beltrán, por medio de apoderado judicial, en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones.

El señor Pedro Gerardo Beltrán Beltrán, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de tutela solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, al mínimo vital y al principio de legalidad, que estimó lesionados por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, al proferir las sentencias del 5 de octubre de 2010 y 1 de julio de 2011, respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el hoy accionante en tutela contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR, por cuanto en su sentir en las referidas providencias se incurrió en vía de hecho al negar el reajuste de la asignación de retiro conforme al porcentaje del I.P.C., desconociendo con ello no sólo el precedente jurisprudencial, sino también lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en la Ley 238 de 1995 y en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por lo anterior, solicitó se decrete la nulidad de las providencias proferidas el 5 de octubre de 2010 y el 1 de julio de 2011, por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respectivamente. Como consecuencia de dicha nulidad, solicitó que se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictar una nueva sentencia ordenando el reajuste de la asignación de retiro del demandante desde 1997 a 2004, con fundamento en lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, es decir, con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor, y se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional cambiar la base prestacional del demandante a partir del 1 de enero de 2005.

2. Hechos

El actor expuso como hechos, los que se sintetizan a continuación:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en adelante CASUR, reconoció al accionante una asignación de retiro en su calidad de Agente (r) de la Policía Nacional, a partir del 2 de mayo de 1981.

Con el fin de solicitar el reajuste de la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1997, el señor Pedro Gerardo Beltrán presentó petición el 28 de enero de 2009, la cual fue resuelta por CASUR mediante oficio No. 2726/OAJ del 13 de abril de 2009.

Una vez agotada la vía gubernativa, el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que fue asignada por reparto al Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá, el cual mediante fallo del 5 de octubre de 2010, declaró la caducidad de la acción, sin considerar que por tratarse el reclamo sobre la negativa del reajuste de una prestación periódica, se encuentra configurada la excepción contemplada en el numeral 3 del artículo 136 del C.C.A.

Una vez interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó parcialmente la decisión de primera instancia, en tanto consideró que no había caducidad de la acción sino que había operado el fenómeno de la prescripción.

Indicó la parte actora que en las sentencias referidas se incurrió en defecto sustantivo al desconocer lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en la Ley 238 de 1995 y en el artículo 48 de la Constitución Política; así como en desconocimiento del precedente jurisprudencial vertical y horizontal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores que se encontraban excluidos de la aplicación del Régimen General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, si tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales tomando la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor debidamente certificado por el DANE, tal y como lo dispuso los artículos 14 y 142 del mismo cuerpo normativo.

Adicionalmente señaló el apoderado del accionante, que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha indicado con claridad que el derecho al reajuste pensional no prescribe, aunque ese fenómeno si se presenta en las mesadas pensionales dejadas de reclamar, lo cual fundamentó en diferentes sentencias en las cuales se ha plasmado dicha posición.

3. Intervenciones

Mediante el auto del 1º de septiembre de 2011 se ordenó la notificación a las partes accionadas y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fls. 34 y 35).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, actuando a través del magistrado ponente de la providencia acusada proferida por dicha Corporación, mediante escrito visible a folio 41 del expediente, manifestó que se opone a los argumentos de la tutela incoada pues a su juicio las pretensiones de la demanda se resolvieron con fundamento en las normas aplicables.

Adicionalmente, señaló que la sentencia acusada fue proferida con prevalencia de los principios de la sana crítica y la buena fe, consignándose en ella ampliamente los motivos que llevaron a dicha Corporación a confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia, la cual resultó adversa a las pretensiones del actor.

La Subdirección de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante escrito visible a folios 48 al 57 manifestó que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 consagra la prescripción de las mesadas de la asignación de retiro en tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Adicionalmente señaló que lo pretendido por el accionante es escoger voluntariamente en ocasiones el sistema de reajuste salarial, sin considerar que la escala salarial para los funcionarios estatales obedece a circunstancias legales y constitucionales, razón por la cual consideró que dichas pretensiones se apartan del principio de inescindibilidad, es decir, no es posible aplicar normas de carácter general y normas especiales.

Indicó que el juez natural del proceso es autónomo e independiente y debe aplicar las normas legales, especiales y vigentes que se ajusten al caso concreto, por lo que consideró que no se deben revocar los fallos acusados.

Finalmente señaló que CASUR ha cumplido con los ordenamientos especiales vigentes, así como jurisprudenciales para el momento en el cual se emitieron los actos administrativos debatidos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente solicitud de tutela ejercida contra el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de esta acción constitucional.

2. La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

De ahí que salvo eventos sumamente excepcionales, la acción de tutela contra decisiones judiciales es improcedente, en razón a que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. Además, porque el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta,

al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) *Defecto sustantivo*, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) *Defecto fáctico*, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) *Defecto orgánico*, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) *Defecto procedimental*, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

¹ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

³ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁵.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización

⁵Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos

fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VIA DE HECHO por la de DECISION ILEGITIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) *Defecto material o sustantivo*: Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) *Error inducido*: Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica

del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado (*h.*) *Violación directa de la Constitución:* Procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

Finalmente, estima la Sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer en la presente providencia si los derechos fundamentales invocados por el actor se han visto menoscabados por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decidir dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Pedro Gerardo Beltrán Beltrán, hoy accionante en tutela, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que el derecho al reajuste de la asignación de retiro que reclamaba el accionante había prescrito.

4. Análisis del caso concreto

El accionante afirma que el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia al desconocer el precedente jurisprudencial sobre el reajuste de la asignación de retiro con base en el I.P.C., para el periodo comprendido entre 1997 y 2004; y que desconocieron lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 48 Constitucional.

Observa la Sala que la inconformidad del accionante se centra en que las autoridades judiciales accionadas, el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, concluyeron que el señor Pedro Gerardo Beltrán no tenía derecho al reajuste de su asignación de retiro por haber caducado la acción, el primero de ellos; y por haber prescrito el derecho, el segundo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia acusada concluyó que:

“En el caso particular, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en el I.P.C., en cuanto le resultara más favorable con relación al porcentaje que aplicó la Caja de acuerdo con el principio de oscilación que rige para el personal de la Fuerza Pública. Sin embargo, como la parte actora solicitó tal reajuste hasta el 28 de enero de 2009 (fl.5 y 6), y **aquel sólo procede hasta el 31 de diciembre de 2004**, fecha en la que se expidió el Decreto 4433, momento a partir del cual se retomó el sistema de oscilación consagrado en el Decreto 1213 de 1990, como ya fue indicado, la Sala encuentra que el derecho reclamado prescribió, de acuerdo con lo previsto en el precitado estatuto que establece que los derechos consagrados en el mismo tienen como término de prescripción cuatro años contados a partir de que el derecho se hubiese hecho exigible, norma aplicable al sub lite.

(...)

Cabe anotar, que si bien el derecho pensional es imprescriptible, y por tal circunstancia es viable que su titular reclame en cualquier tiempo; puede operar la prescripción respecto del reajuste de las mesadas o diferencias, cuando no se solicitan dentro del término que señala la ley, como ocurre en el presente caso. La figura de la prescripción esta prevista como una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley otorga, lo que supone la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.”

De acuerdo a lo anterior, debe la Sala resaltar que se observa en la sentencia acusada, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera imprecisa señaló que el derecho reclamado por el accionante, es decir, el derecho al reajuste de la asignación de retiro, prescribió, cuando en realidad al tratarse de un derecho contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, e inherente al derecho pensional, aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con fundamento en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es imprescriptible.

No obstante lo anterior, si bien el derecho al reajuste de la asignación de retiro no prescribe, sí lo hace el pago de las diferencias derivadas del reajuste que se haga, pues debe quedar claro que una cosa es el derecho pensional y otra es la cancelación del valor adicional que debió reconocerse y liquidarse para el pago de las mesadas pensionales, en cuanto inciden en su monto.

En reiteradas ocasiones se ha pronunciado la Sección Segunda de esta Corporación, concluyendo que para los miembros de la Fuerza Pública resulta más favorable que el reajuste de su asignación de retiro para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2004 se efectúe con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y no atendiendo el principio de oscilación previsto en el Decreto Ley 1211 de 1990. También ha señalado la jurisprudencia que con posterioridad al 31 de diciembre de 2004, es decir a partir de enero del 2005, no había diferencia porcentual a favor del actor que hiciera procedente el reajuste de la asignación de retiro, lo cual se encuentra fundamentado en el Decreto 4433 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”.

Entre los diferentes pronunciamientos encontramos que se ha dicho:

“La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanan de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.”⁶

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicación No.: 0165-2009. Actor: Juan de la Cruz Cortés Quiñones. C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

Igualmente se ha dicho:

“En este mismo sentido, como el despacho que sustancia la presente causa, en anteriores oportunidades,⁷ había determinado que en el caso de los oficiales de la Fuerza Pública les resultaba más favorable el reajuste de su asignación de retiro, con aplicación del índice(sic) de precios al consumidor I.P.C., durante el período compendio (sic) entre 1997 y 2004 la Sala, para el caso concreto, dará por probado ese hecho y en consecuencia ordenará el ajuste de las asignaciones de retiro que el actor viene percibiendo, con fundamento en el índice de precios al consumidor, I.P.C.”⁸

Quiere decir entonces, que al estar el señor Pedro Gerardo Beltrán solicitando en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y a título de restablecimiento el reajuste de su asignación de retiro desde 1997 y hasta el 28 de enero de 2009, y en consecuencia el pago de las diferencias que se deriven de dicha operación; tenían las autoridades judiciales accionadas el deber de establecer para que períodos era más favorable aplicar el régimen general pensional sobre el especial, en la medida en que esta diferencia incide en la liquidación de la asignación mensual que se le paga al accionante.

Lo anterior dado que es claro que existe una diferencia entre el valor de la asignación pagada en aplicación del principio de oscilación en el período 1997-2004 y lo que debió cancelarse si se hubiera utilizado el IPC, diferencias que no se pueden pagar por estar prescritas pero que objetivamente obligan a la entidad demandada a establecer una base de liquidación superior desde el año 2004.

Así las cosas, resulta procedente amparar los derechos fundamentales del accionante, en tanto se observa que en las providencias referidas los jueces de instancia incurrieron en un defecto sustantivo pues se observa que de manera errada aplican el término de prescripción cuatrienal previsto para reclamar el pago de las diferencias correspondientes y disponen que no hay derecho al reconocimiento por prescripción, cuando de todas maneras el derecho del actor al incremento se causó y por tanto debía declararse sin perjuicio de la prescripción de las diferencias de las asignaciones mensuales que no se reclamaron en tiempo.

⁷ Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación 2043-2008 Actor, Jaime Alfonso Morales, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia de 19 de febrero de 2009, Radicación 1731-2008, Actor Gilberto Franco Vásquez, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación No.: 0144-2009. Actor: Hernando García Ramírez. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

Corolario de lo expuesto, esta Sala revocará el fallo de segunda instancia y en su lugar tutelara el derecho fundamental a la igualdad del señor Pedro Gerardo Beltrán Beltrán. En consecuencia se dispondrá dejar sin efectos la sentencia del 1º de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2009-00170-01.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: TUTELASE el derecho fundamental a la igualdad del señor Pedro Gerardo Beltrán Beltrán, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 1º de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2009-00170-01

TERCERO: ORDENASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que en el término de un mes a partir de la notificación del presente fallo, profiera una nueva sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el accionante, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ