



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

SENTENCIA DE TUTELA No. 67

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2018.

Accionada: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
y DIRECCIÓN DE SANIDAD - EJÉRCITO NACIONAL

Accionante: ÁLVARO PELÁEZ YEPES

Derechos Invocados: igualdad – seguridad social a la salud – mínimo vital

Radicado: 110013335-017-2018-00143-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES, a través de apoderado, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y vinculada la DIRECCIÓN DE SANIDAD - EJÉRCITO NACIONAL por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de: igualdad – seguridad social a la salud – mínimo vital; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia De Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refiere la parte accionante que el señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES fue incorporado al Ejército Nacional el día 17 de julio de 1995 como soldado voluntario.

Al actor le fue practicada Junta Médico Laboral bajo el acta No. 1734 del 22 de febrero de 1996, la cual arrojó una disminución de la capacidad laboral del 67.83%.

Con ocasión del porcentaje del 67.83% de disminución de la capacidad laboral, alegando nuevos fundamentos de hecho y de derecho solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez mediante escrito del 19 de octubre de 2017 y 24 de enero de 2018 ante la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales – EJÉRCITO NACIONAL.

Las anteriores solicitudes fueron resueltas de manera desfavorables mediante oficios No.OFI17-99692 MDN-DSGDA-GPS del 20 de noviembre de 2017 y, No.OFI18-16919 del 26 de febrero de 2018 reafirmando la decisión contenida en la Resolución No.3191 del 19 de octubre de 2009, en la que resolvió no revocar la Resolución No.10930 del 26 de agosto de 1997 a través de la cual el Ministerio ordenó el pago de unas prestaciones sociales al SV. PELÁEZ YEPES ya que no cumple con los requisitos del decreto 094 de 1989.

La Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del MINISTERIO DE DEFENSA se pronunció nuevamente a través de oficio, negando la prestación solicitada.

Destaca que el actor ÁLVARO PELÁEZ YEPES es una persona quien padece una pérdida de capacidad permanente parcial del 67.83%, razón por la cual se le imposibilita acceder a una alternativa de trabajo digna; que se encuentra en situación de involuntaria e insufrible necesidad y por circunstancias de carácter económico, físico y mental requiere de un tratamiento diferencial o protector, por cuanto está en situación de debilidad manifiesta en todo sentido siendo digno de una protección especial del Estado según la Constitución.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. Considera que con la actuación de la entidad accionada al no efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón a su pérdida de capacidad laboral del 67.83%, según Junta Médico Laboral acta No. 1734 del 22 de febrero de 1996, deprecada mediante escritos del 19 de octubre de 2017 y 24 de enero de 2018, se le están vulnerando sus derecho fundamental a la igualdad, seguridad social a la salud y mínimo vital.

Destacando además que el accionante se encuentra en un grupo de especial protección como lo son los disminuidos psíquicos, sensoriales o físicos, los cuales requieren de la pensión de invalidez para poder vivir en condiciones dignas.

ARGUMENTO DE LA AUTORIDAD ACCIONADA. Vencido el término establecido en el auto de fecha 24 de abril de 2018, la entidad accionada a través de la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, ya que (i) el peticionario contaba con la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para recurrir el acto que negaba la prestación y de conformidad con la ley 1437 de 2011 puede el juez ordinario suspender el acto si se presentan los presupuestos legales para ello; y (ii) no cumplía con el presupuesto de inmediatez en cuanto transcurrieron veintiún años desde que el actor se retiró de las Fuerzas Militares y el momento de presentación del amparo. De todas formas, indicó que en este caso no había lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez conforme a las normas vigentes, esto es la ley 131 de 1985 y el decreto 370 de 1991 aunado a que no existe una sentencia de unificación por parte de la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente la tema de aplicar la ley 923 y el decreto 4433 a hechos ocurridos antes de la expedición de dicha normatividad.

ENTIDAD VINCULADA. En auto de fecha 24 de abril de 2018, al estudiar la admisión de la acción el Despacho determinó la vinculación de la DIRECCIÓN DE SANIDAD - EJÉRCITO NACIONAL, la cual a la fecha no hizo manifestación sobre los hechos que ocupan esta actuación.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, el solicitante ÁLVARO PELÁEZ YEPES es persona natural que actúa a través de apoderada según poder que obra a folio 25 del expediente (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad de naturaleza pública, esto es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Planteamiento del problema jurídico. El demandante, considera que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró sus derechos al mínimo vital y la seguridad social al denegarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que se retiró del servicio en 1996 cuando dicha prestación sólo se otorgaba para los soldados que tuvieran una pérdida de la capacidad igual o superior del 75%.

Entiende que tiene derecho al reconocimiento pensional porque las normas vigentes al momento de elevar la petición de reconocimiento pensional establecen como beneficiarios de la pensión de invalidez a los soldados que tuvieran al menos una pérdida de la capacidad laboral del 50%.

Por su parte, el Ministerio de Defensa Nacional argumenta que el actor no cuenta con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, dado que para la fecha de su retiro el Decreto 094 de 19891 establecía ese beneficio sólo para los soldados que tuvieran una calificación igual o superior al 75%. Por esa razón negó las solicitudes elevadas por el accionante el 19 de octubre de 2017 y el 24 de enero de 2018.

Así pues, se trata de definir si por vía de tutela es procedente reconocer pensión por invalidez a quien sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 67.83% en calidad de soldado voluntario en hechos ocurridos en 1996, es decir con anterioridad a la vigencia del decreto 4433 de 2004, en razón a que no puede procurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad por sus limitaciones, al negarle la entidad la pensión de invalidez porque la normatividad vigente al momento de su retiro exigía una calificación igual o superior al 75%?

Procedibilidad de la acción de tutela.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que en principio la acción de tutela es improcedente cuando a través de esta vía se pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es la eficacia de los derechos inherentes al ser humano y del mismo modo determinar bajo presupuestos de urgencia e inmediatez para la protección de los derechos que alega vulnerados y eficacia de los otros mecanismos judiciales con los que cuente el accionante.

Por los argumentos expuestos es determinante precisar los principios de *i) inmediatez, ii) subsidiariedad, (iii) la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez; (iv) el régimen aplicable a los miembros del Ejército Nacional*

¹ “Por el cual se reformó el estatuto de la capacidad sico-física, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

sobre pensión de invalidez y jurisprudencia relacionada; y como se aplican estos en el v) caso concreto.

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

En el caso dos aspectos le permiten concluir que los medios de defensa ordinarios son ineficaces para el tutelante: (i) hace parte de un grupo de especial protección constitucional por las disminuciones físicas que padece, que llevaron a ser calificado con un 67.83% de disminución de la capacidad laboral; (ii) y carece de un ingreso pone en riesgo su capacidad para brindarle a su familia, compuesta por dos menores de edad, una esposa y su suegra, ya que no puede cubrir sus necesidades básicas de educación, alimentación, vestido y vivienda. En este contexto, resulta desproporcionado exigirle acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para tramitar sus pretensiones, por lo que está justificada la intervención definitiva del juez constitucional para resolver la controversia planteada

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar la satisfacción del requisito bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias específicas del caso; destacándose entonces que, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental; y ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

En efecto, en asuntos similares a este, la Corte Constitucional ha resuelto que un lapso amplio entre la negativa inicial de la pensión y la promoción del amparo no es suficiente para definir si hay inmediatez o no. Así, por ejemplo, en la sentencia T-035 de 2012² la Corte Constitucional estudió de fondo la tutela instaurada por un ex miembro de la Fuerza Pública nueve (9) años después de que le negaran la pensión de invalidez. En esa ocasión, la Corte sostuvo que el término de inmediatez no debía computarse desde la resolución que le negó reconocimiento pensional porque en un caso así la afectación a los derechos fundamentales es continua o permanente. En concreto dijo:

“(…) si bien es cierto han transcurrido 9 años desde que se estructuró la lesión, lo cierto es que la vulneración se encuentra vigente por la misma calidad de la enfermedad, cuyo tratamiento es permanente, así mismo, sigue sin capacidad económica para subsistir junto con su núcleo familiar. Además, debe recordarse que el derecho a la pensión no prescribe, de modo que se puede solicitar en cualquier tiempo”.³

² (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto).

³ Ibid.

En este caso, se trata de una interferencia continuada en los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del tutelante. Así lo ha dicho la H. Corte⁴ pues cuando a una persona con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, superior al 50%, se le niega una pensión, se la somete de ahí en adelante a una serie de dificultades que no deben considerarse superfluas para ganarse una ocupación que le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, y al mismo tiempo aportar al sistema de seguridad social para obtener una pensión de vejez en el futuro. Y aunque no sea imposible para él obtener una ocupación que le deposite recursos suficientes para llevar una vida digna, lo cierto es que el hecho de someterlo a dificultades relevantes, que son las que experimenta toda persona con disminuciones físicas, síquicas y sensoriales tan altas como la del peticionario, es una interferencia en sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital que no sólo es improbable que desaparezca, sino que con el paso del tiempo puede incluso agravarse. Así las cosas, la afectación de los derechos del señor Pelaez es continua, y la inmediatez en consecuencia no puede contarse desde cuando se resolvió a pagarle unas prestaciones sociales por el tiempo de servicio prestado entre el 17 de julio de 1995 y el 1º de marzo de 1996, sino que el fundamento de la acción de tutela vino a surgir cuando la Corte Constitucional sostuvo, en el año dos mil once (2011), que la Ley 923 de 2004 debía aplicarse situaciones ocurridas antes del siete (7) de agosto de dos mil dos (2002), cuando se pudiera advertir una interferencia desproporcionada en los derechos fundamentales del peticionario.⁵ Y según la jurisprudencia de esta Corte, la inmediatez debe computarse desde el momento en el cual surgió el fundamento normativo suficiente para presentar el amparo.⁶

No existiendo evidencias de afectación directa a derechos de terceros, porque no existe otra persona con interés directo en este trámite que podría verse afectada por la decisión que adopte el juez constitucional, pues nadie más persigue el derecho reclamado por el actor, es procedente estudiar el fondo del asunto planteado.

Las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional –Reiteración de jurisprudencia⁷

37. La Constitución Política de 1991, a través del artículo 13 estableció el deber del Estado de proveer condiciones reales y efectivas de igualdad para grupos poblacionales discriminados o marginados, dadas sus condiciones económicas, físicas o mentales⁸. Como consecuencia de esto, Colombia debe adoptar medidas en favor de estos grupos⁹. La especial protección que la Constitución otorgó a las personas en situación de discapacidad

⁴ T. 599-12

⁵ En efecto, a pesar de que la Ley 923 entró en vigencia en el año dos mil cuatro (2004), fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional del año dos mil once (2011) que consolidó la interpretación de que tal cuerpo normativo regulaba también situaciones pasadas, en virtud de los principios de favorabilidad y solidaridad. Las sentencias que acogieron esta posición continuamente en el año dos mil once (2011), fueron la T-038 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-681 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla, A.V. Humberto Antonio Sierra Porto), T-696 de 2011 (Humberto Antonio Sierra Porto), T-721 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez, A.V. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-839 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Puede afirmarse que antes de estas sentencias no existía una posición consolidada en la Corte respecto de los efectos en el tiempo de la Ley 923 de 2004, pues a pesar de que había providencias que aceptaban una aplicación a situaciones pasadas (como la T-431 de 2009, MP. Humberto Antonio Sierra Porto) existían otras que sólo le otorgaban efectos hacia el futuro (por ejemplo, la T-864 de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-815 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En ese fallo la Corte Constitucional estudió de fondo una acción de tutela, en un caso en el cual estaba en duda si se cumplía con la inmediatez. La Corporación sostuvo que el término de inmediatez debía contarse desde cuando surgió el fundamento normativo para demandar. En ese caso, el fundamento era una sentencia de unificación de la Corte.

⁷ Sentencia T-165 DE 2016

⁸ Constitución Política de 1991, Artículo 13.

⁹ Constitución Política de 1991, Artículo 2.

se refuerza en los artículos 47¹⁰ y 54¹¹, lo cuales consignan la obligación que tiene el Estado de adelantar políticas que permitan la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad y además materializan el derecho al trabajo con el fin de garantizar el goce de todas las prerrogativas constitucionales.

38. Así mismo, la comunidad internacional a través de diferentes instrumentos, ha exhortado a los Estados a proteger los derechos de las personas discapacitadas, los que se han desarrollado a partir de la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1975¹².

39. De la misma manera, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad consagró, en su artículo 3, la obligación de los Estados de *“adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad...”*.

40. En el mismo sentido, La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por Colombia el 10 de Mayo de 2011, estableció para los Estados parte una serie de obligaciones y deberes, dentro de los cuales encontramos los contenidos en el artículo 4:

“Artículo 4. Obligaciones generales

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad...”.

41. Adicionalmente, en los numerales 1 y 2 del artículo 28 se consagraron los derechos que deben garantizarse a las personas en situación de discapacidad para garantizar una vida en condiciones de dignidad:

“Artículo 28. Nivel de vida adecuado y protección social

¹⁰ Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

¹¹ Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

¹²De acuerdo con la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975 el término “impedido” designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales. Debe recordarse que el término se usa en la presente sentencia con referencia a la Convención.

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.*

2. *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:*

...

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación."

42. Esta Corte ha manifestado a través de su jurisprudencia que *"las obligaciones del Estado Colombiano para con los discapacitados no solo surgen de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana"*¹³.

43. De la misma forma, el legislador ha expedido distintas normas, a través de las cuales ha buscado dar cumplimiento al deber constitucional de garantizar la igualdad real de los discapacitados, entre ellas encontramos la Ley 324 de 1996, a través de la cual se garantiza la protección de la población sorda; la Ley 361 de 1997¹⁴, norma en la cual se consignaron medidas respecto del trabajo, educación, transporte, bienestar, locomoción, etc, de las personas en situación de discapacidad; y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

44. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que las personas en situación de discapacidad cuentan con una especial protección que les otorgó la Constitución. Es por ello que, en distintas sentencias¹⁵, ha referido que debido a su vulnerabilidad y grado de marginación requieren de un trato especial, con el fin legítimo, de garantizar el pleno goce cada uno de los derechos otorgados en la Constitución Política.

45. En conclusión, en Colombia las personas discapacitadas cuentan con una especial protección que les otorga la Constitución y, en esa medida, el Estado debe garantizarles el goce efectivo de cada una de las garantías establecidas en la Carta Política, situación que corresponde con lo establecido en los distintos instrumentos internacionales antes mencionados, al igual que, con las normas que en la materia ha expedido el legislador y con los distintos pronunciamientos que sobre el tema ha realizado esta Corte.

Régimen aplicable en materia de pensión de invalidez a los miembros de la fuerza Pública

¹³ Sentencia C-410 del 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

¹⁴ Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Ver sentencias T-1197 de 2001, (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes); C.640 de 2009, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); T-030 de 2010, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); T-014 de 2012, (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); T-362 de 2012, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-192 de 2014, (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-039 de 2015, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-094 de 2016, (M.P. Alejandro Linares Cantillo), entre otras.

46. El derecho a la seguridad social es de carácter constitucional y ha sido objeto de protección debido a la relación que guarda con otras garantías tales como la vida digna, la salud, el trabajo, entre otros; bajo los principios consagrados en la Constitución Política de 1991 el legislador expidió la Ley 100 de 1993¹⁶, norma que organizó el Sistema General de Seguridad Social y en la que se establecieron las contingencias a asegurar, los destinatarios de la ley y las excepciones a la misma. En cuanto a esto último, el artículo 279¹⁷ menciona que dicha norma no le es aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, de acuerdo a los artículos 150 numeral 19 literal e y 217 de la Constitución, los cuales refieren lo siguiente:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”

“Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

47. Las normas que han regulado la pensión de vejez de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía han sido, a través de los años, las siguientes:

48. La primera regulación aplicable en el tema fue el Decreto 094 de 1989, mediante el cual se reformó el estatuto de la capacidad sicológica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de las escuelas de formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional y se establecieron los distintos procedimientos a seguir para determinar el grado de invalidez, el reconocimiento de la pensión y las autoridades que participarían del procedimiento.

49. Respecto de las condiciones para hacerse acreedor del derecho a la pensión de invalidez, el Decreto 094 de 1989 señaló lo siguiente:

“Artículo 89. Pensión de invalidez del personal de Oficiales, Suboficiales y agentes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el

¹⁶ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

¹⁷ “Artículo 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

(...)”

servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad el sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera, así:

- a) El 50% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.*
- b) El 75% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance al 75% y no alcance el 95% .*
- c) El 100 % de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.”*

51. La tercera norma que se expidió fue el Decreto 1796 del 2000, a través del cual se reguló la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; en esa oportunidad en los artículos 38¹⁸, 39 y 40 se reiteró que para acceder a la pensión de invalidez se requería un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%.

52. De manera posterior, el legislador expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En el artículo 3 numeral 3.5 se dispuso lo siguiente:

“Artículo 3. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía,

¹⁸ Artículo 38. liquidación de pensión de invalidez para el personal de oficiales, suboficiales, agentes, y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

- a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).
- b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).
- c. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.

PARAGRAFO 2o. El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiéndose, en lo referente a las pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989.

conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro.”

53. De igual forma, en el artículo 6¹⁹ estableció los efectos temporales de dicha norma en lo que tiene que ver con las pensiones de sobrevivencia y de invalidez; al respecto manifestó que, dichas prestaciones serían reconocidas para los hechos ocurridos desde el 7 de agosto del 2002, es decir que dispuso efectos retroactivos para la aplicación de la Ley. Este artículo fue objeto de pronunciamiento de esta Corte en sentencia C-924 de 2005²⁰, providencia en la cual se estudió una acción pública de inconstitucionalidad propuesta con fundamento en la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.), en la medida que, el demandante consideró que la norma no les sería aplicable a miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con enfermedades o lesiones graves, cuyo porcentaje de disminución de capacidad laboral sea inferior al 75% y su proceso administrativo se hubiese adelantado con anterioridad al 7 de agosto de 2002.

54. En esa oportunidad, la Sala Plena declaró exequible el artículo 6 de la Ley 923 de 2004 y, por lo tanto, consideró que la citada norma no vulneraba el derecho a la igualdad en tanto *“la retroactividad prevista por el legislador, no se orienta a brindar protección a unas personas que hubiesen estado desprovistas de ella, sino que busca permitir que, dentro de las limitaciones que impone la situación de las finanzas públicas, algunas de tales personas, en razón de la proximidad de sus circunstancias con el momento del tránsito legislativo, pudiesen beneficiarse de las condiciones previstas en el nuevo régimen”*.

55. Como consecuencia de las disposiciones contenidas en la Ley 923 de 2004, se expidió el Decreto reglamentario 4433 de 2004²¹, el cual en sus artículos 30 y 32 respectivamente, consignó los requisitos específicos que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía para acceder a la pensión de invalidez:

“Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto”. (Subrayas por fuera del texto)

56. El referido artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia

¹⁹ Artículo 6. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley.

²⁰ Sentencia C-924 de 2005, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

²¹ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”

del 28 de febrero de 2013²² a través de la cual lo declaró nulo al considerar que el Gobierno Nacional excedió la facultad de regulación que le otorgó el legislador en la Ley marco 923 de 2004. Al respecto el Consejo de Estado anotó lo siguiente:

“Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma. De tal manera que si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que en desarrollo de los dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley.

(...)

Por tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez.” (Subrayas por fuera del texto)

57. Por último, se expidió el Decreto reglamentario 1157 de 2014²³, a través del cual se consignaron nuevamente los requisitos para que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía accedan a la pensión de invalidez. En esta oportunidad se estableció que con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía podrán ser acreedores del derecho a la pensión de invalidez²⁴.

Jurisprudencia en materia de pensión de invalidez de miembros de la Fuerza Pública

58. Esta Corporación se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre los criterios consignados en las distintas normas para acceder a la pensión de invalidez, particularmente después de la expedición de la Ley 923 de 2004, en la medida que, a través de ésta se

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Número de Radicación 11001-03-25-000-2007-00061-00(1238-07), (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz).

²³ Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro aun personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública”

²⁴ Artículo 2. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012: así:

2.1 El cincuenta por ciento (50%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%), e inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

2.2 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%), e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

2.3 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%), e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

2.4 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).”

dispuso que el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral que se requiere para acceder a dicha prestación es del 50% en contravía de lo establecido en las normas que le precedieron en la regulación del tema.

59. En el año 2005, la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación profirió la sentencia T-829²⁵ de ese año, en la que se estudió el caso de un policía miembro del escuadrón anti motín “ESMAD” que fue calificado con un 62.44% de pérdida de capacidad laboral por la pérdida del ojo y oído izquierdo. El accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero la misma le fue negada argumentando que no cumplía con el requisito del 75% de pérdida de capacidad laboral que traía el Decreto 1796 de 2000. En esa oportunidad, la Sala Segunda de Revisión tuteló los derechos fundamentales del actor y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, argumentando que con la expedición de la Ley 923 de 2004 se derogaron todos los regímenes que le eran contrarios, además de que se trataba de una norma más favorable al actor.

60. De forma posterior, la Sala Sexta de Revisión profirió la sentencia T-681 de 2011²⁶, mediante la cual, esta Corte revisó el caso de un soldado, quien fue calificado por la Junta Médico Laboral con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50.5% en el año 1997, debido a una herida con mortero que recibió mientras realizaba sus funciones como miembro del Ejército Nacional, sin embargo dicha Junta le fue notificada de manera indebida, razón por la cual, no pudo impugnar el dictamen. El Consejo de Estado a través de sentencia de tutela ordenó que se convocará al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, autoridad que en dictamen del año 2006 le determinó una disminución de capacidad laboral del 71.89%. Con fundamento en lo anterior, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, prestación que le fue negada aduciendo que no cumplía con el porcentaje indicado en el Decreto 094 de 1989.

61. La Sala decidió tutelar los derechos fundamentales del actor y, como consecuencia, ordenó al Ejército Nacional reconocer su pensión de invalidez con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, en la medida en que, las lesiones sufridas por el actor le ocasionaron una pérdida de capacidad laboral de tal magnitud que ya en el año 1997 habían sido calificadas con 50.5% de pérdida de capacidad laboral, porcentaje que en el 2006 aumentó a 71.89%, por lo que la nueva calificación se tomó como un hecho nuevo para fundamentar la aplicación de la nueva norma.

62. En año 2012 la Sala Primera de Revisión profirió la sentencia T-599 de 2012²⁷, mediante la cual analizó la tutela interpuesta por un soldado del Ejército Nacional retirado que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral 62.65% en el año 1993 con ocasión de una herida de bala que recibió en un enfrentamiento con un grupo al margen de la ley. Con fundamento en ello, solicitó en el año 2011 el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, prestación que le fue negada refiriendo que el Decreto 094 de 1989, normatividad aplicable al caso, exigía un porcentaje mínimo de disminución del 75%. La Corte decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales, argumentando que, la norma más favorable era la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario y, que en esa medida, la pensión de invalidez debía ser reconocida bajo los supuestos de la nueva Ley.

63. Mediante Sentencia T-516 de 2013²⁸, esta Corte estudió el caso de una persona que prestó el servicio militar como soldado regular y que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 65.04%. Refirió que luego de solicitar el reconocimiento y pago de la

²⁵ Sentencia T-829 de 2005. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

²⁶ T-681 de 2011. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

²⁷ T-599 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa).

²⁸ Sentencia T-516 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

pensión de invalidez, la misma le fue negada manifestando que tan sólo el 41.04% de la pérdida de capacidad laboral era de origen profesional y el 24% restante, era de origen común. Por esta razón, la entidad demandada señaló que no se cumplía el requisito del artículo 32 del Decreto 4433 de 2004. La Sala realizó un estudio del régimen aplicable para la pensión de invalidez y determinó que debido a que se trataba es un sujeto de especial protección constitucional y a que su disminución de capacidad laboral fue superior al 50%, existía una vulneración del derecho a la igualdad por la negativa del reconocimiento pensional y decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales.

64. De forma posterior, la Sala Cuarta de Revisión de esta Corte profirió la sentencia T-189 de 2014²⁹, providencia que revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había prestado sus servicios en la Policía Nacional y fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 53.59%. Con fundamento en lo anterior, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero le fue negada por no alcanzar el 75% requerido en el Decreto 4433 de 2004. La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación tuteló el derecho fundamental a la igualdad manifestando que de acuerdo a lo establecido en la Ley 923 de 2004, el porcentaje que se requiere para acceder a la pensión de invalidez es igual o superior al 50% y que ésta derogó todas las normas que le fueran contrarias.

65. Por último, la Sala Séptima de Revisión de Tutela de esta Corporación profirió la sentencia T-039 de 2015³⁰, mediante la cual estudió el caso de una persona que prestó sus servicios en la Policía Nacional y fue calificado en el año 2013 con una pérdida de capacidad laboral del 71.89% con origen en enfermedad común, razón por la cual, le fue negado el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que el Decreto 4433 de 2004 requiere de un porcentaje mínimo del 75%.

66. Sobre el particular, la Sala Séptima de Revisión refirió que la Ley 923 de 2004 no realizó distinción alguna en la imputabilidad del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en otras palabras, no importa si la incapacidad deviene por consecuencias del servicio o por enfermedad común, lo relevante es que sea igual o superior al 50%. Como consecuencia de ello, tuteló los derechos fundamentales invocados y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con fundamento en lo establecido en la referida Ley 923 de 2004.

67. En conclusión, esta Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones acerca del porcentaje mínimo de disminución de capacidad laboral requerido por los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; del recuento jurisprudencial realizado se puede establecer que la Corte ha aceptado (i) la aplicación retroactiva de la Ley 923 de 2004 a situaciones que han ocurrido con anterioridad al 7 de agosto de 2002 con fundamento en el principio de favorabilidad; (ii) que el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral requerido para que un miembro de la Fuerza Pública se haga acreedor de la pensión de invalidez es del 50%, en la medida que, la Ley 923 de 2004 derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y, por último, (iii) que la Ley 923 de 2004 no realizó distinción alguna en la imputación de las lesiones que produjeron la disminución de capacidad laboral, es decir que, no es relevante si se trata o no de lesiones relacionadas estrictamente con el servicio o no.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que el accionante prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 17 de julio de 1995 y dado de baja el 1º de marzo de 1996 (Fl.46, 48 vto.).

²⁹ Sentencia T-189 de 2014, (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁰ Sentencia T-039 de 2015, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Según el archivo de historias clínicas del Hospital Universitario del Valle Evaristo García el señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES ingresó a esa institución el día 6 de agosto de 1995 con diagnóstico de TROMBOCITOPENIA, recibiendo tratamiento médico estando hospitalizado hasta el 14 de agosto de 1995, cuando se dio orden de salida con recomendaciones (Fl.55 vto.).

En el Acta de Junta Médico Laboral del **22 de febrero de 1996**, se determinó lo siguiente:

"...ESTADO ACTUAL: ACTUALMENTE NO SECUELAS CICATRICES EN DORSO DE MANOS CODOS RODILLA PIES NALGAS ORIGINADAS POR LAS LESIONES INICIALES EN EPIDERMIS DERIVADAS DE LA PURPURA...IV.CONCLUSIONES:...1. PÚRPURA TROMBOCITOPÉNICA IDIOPÁTICA. 2. MANCHAS HIPERCROMICAS EN PIEL....AFECCIONES DIAGNOSTICADAS EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA NI RAZON DEL MISMO."

Las lesiones fueron clasificadas y calificada la capacidad psicofísica para el servicio, como "INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE NO APTO"; la evaluación de la disminución de la capacidad laboral en un 67.83% y en la imputabilidad del servicio las afecciones diagnosticadas fueron en servicio pero no por causa o en razón del mismo (Fls.56 vto.-57 vto.).

Con la Resolución No.10930 del 26 de agosto de 1997, se le reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, dentro de la cuales se encuentra una bonificación especial y una indemnización (Fl.96); según certificación de reconocimientos prestacionales visible a folio 82 del expediente en el año 1997 la anterior suma fue cancelada(Fl.82).

El 19 de octubre de 2017, el tutelante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de conformidad con la ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, con base la sentencia T-035 de 2012, la cual fue negada en el oficio 99692 del 20 de noviembre de 2017. Finalmente, mediante petición del 24 de enero de 2018, se solicita nuevamente el reconocimiento y pago de una pensión por invalidez con base en la disminución de la capacidad psicofísica del 67.83 % con base en los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, la cual es nuevamente negada a través del oficio No. OFI18-16919 del 26 de febrero.

El pasado 7 de mayo, el despacho ordenó requerir a la parte accionante por el término de un día para que aclarara las circunstancias de vida del señor Peláez. En dicho término, se logra comunicación con la señora FLOR PAYANENE quien manifiesta ser su compañera permanente desde hace 18 años. Dicha señora señala que viven en la carrera 13 #15 del barrio Fundevir de Río Frío (Valle), con sus dos hijos SEBASTIÁN PELÁEZ PAYANENE de 9 años y MARIAN CAMILA PELÁEZ PAYANENE de 15 años de edad y su señora madre Cristobalina pensionada dueña de la vivienda donde residen a quien cuida y de la cual dependen económicamente; en dicha conversación pone de presente que su compañero no trabaja por que sufre de dolor en sus articulaciones se le inflaman los tobillos y los dedos de las manos, siendo ella quien con sus trabajos de medio tiempo ayuda al sostenimiento de la familia y brinda la afiliación a salud del accionante como su beneficiario cuando la afilian (Fl.113).

Mediante memorial del 8 de mayo la apoderada del señor Peláez señala: *"Las circunstancias de vida del demandante, señor ÁLVARO PELÁEZ YEPEZ, son de necesidad toda vez que no labora para entidad pública ni privada, tampoco recibe pensión de entidad pública o privada, reside con su núcleo familiar conformado por la compañera permanente, la señora FLOR AZUCENA PAYANENE. su suegra la señora CRISTOBALINA ORTIZ RODRÍGUEZ, de 80 años de edad, quien se encuentra en estado de invalidez total (reducida a una Cama y enfermo terminal). Sus dos menores hijos MARIAN CAMILA PELÁEZ PAYANENE y*

SEBASTIAN PELÁEZ PAYANENE de 15 y 9 años de edad, respectivamente. El núcleo familiar se dedica al cuidado de la adulto mayor y la señora FLOR AZUCENA, esporádicamente labora como aseo por días en casas de familia, siendo un trabajo no continuo, debido a los cuidados extremos que requiere su señora madre, quien a la fecha recibe sesiones de radioterapia en la ciudad de Cali. Mi representado y su núcleo familiar ya descrito, residen en el municipio de Rio frío (Valle del Cauca), en la CARRERA 13 No. 1 1—15 barrio Fundevir, estrato 1, casa de propiedad de Su compañera permanente y la progenitora de ésta, y la seguridad social proviene de EMSANAR- SUBSIDIADO. El núcleo familiar, sobrevive del excedente que le queda de la pensión no Superior al Salario Mínimo Mensual Vigente, que recibe el adulto mayor CRISTOBALINA a través de Colpensiones, luego del descuento de crédito que utilizó para la compra de la vivienda con la cual residen, en estrato 1. Mi representado manifiesta que no le es fácil ubicarse laboralmente por su alto porcentaje de disminución de la capacidad laboral que le fue calificada por el Ejército Nacional y el constante dolor que presenta en las articulaciones originadas por la enfermedad de púrpura; y la compañera permanente tampoco puede laborar de forma permanente porque cuida de su señora madre y debe trasladarse con ella a la ciudad de Cali, para tratamiento médico de radioterapia. Así las cosas, note señora juez que mi representado y su núcleo familiar está en total desprotección, en virtud a que la señora CRISTOBALINA es un adulto mayor, minusválido y enfermo terminal: quiero decir con ello, que luego del fallecimiento de esta, quedarían en Completo estado de necesidad, pues no es garantía para su núcleo familiar tener sistema de seguridad social subsidiado si no poseen recursos para subsistir, que de hecho en la actualidad no lo poseen en virtud a que un salario mínimo legal mensual vigente, no es suficiente para atender un adulto mayor completamente minusválido, mi representado con invalidez, y sus dos menores hijos. Conclusión de lo anterior, quiero decir con ello, que de la pensión que devenga la señora FLOR AZUCENA por su difunto esposo, se sostiene el un núcleo familiar de cinco (5) personas, y cuando fallezca quedará completamente desprotegido, motivo por el cual se hace necesario el reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante, puesto que se garantizaría la calidad de vida y la seguridad social para mi defendido y su núcleo familiar compuesto por la compañera permanente y sus dos (2) hijos, a la cual tiene derecho de conformidad a lo expuesto en los fundamentos legales de la acción de tutela y a los constantes pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, el Honorable Consejo de Estado y diferentes despachos judiciales que han resuelto demandas y acciones como la que se impetra.”

Anexa registros civiles de los menores SEBASTIÁN PELÁEZ PAYANENE de 9 años y MARIAN CAMILA PELÁEZ PAYANENE; un recibo del gas con deuda pendiente por un total de \$1.177.884, en su vivienda estrato 1; la Historia clínica de la señora CRISTOBALINA ORTIZ RODRIGUEZ y constancia de su mesada pensional.

De estas pruebas se corrió traslado a la entidad demandada el día 10 de mayo de 2018.

Análisis probatorio.

Conforme con las pruebas recaudadas se tiene que el señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES fue retirado del servicio desde el 1º de marzo de 1996, con una pérdida de capacidad laboral del 67.83% por una enfermedad de origen no profesional según el informe de la Junta Médica Laboral y desde que fue dado de baja no ha podido conseguir un trabajo. De hecho, debido a la naturaleza de su afección se ve imposibilitado para adelantar muchas labores por el riesgo de recibir un golpe que podría causar serios daños o la muerte, por lo que está en franca desventaja para procurarse recursos económicos que cubran sus necesidades y las de sus dos hijos menores de edad, sin que haya sido suficientes la indemnización recibida en el año 1997.

Por lo tanto, para resolver la situación pensional del señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES, como ha señalado la Corte Constitucional: “...es necesario remitirse a los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que establecen un marco de protección a las personas con disminuciones físicas. Derivándose del texto de tales normas la atención diferencial en favor de los grupos que históricamente han sido discriminados o marginados; y la obligación del Estado de adelantar políticas “(...) de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”. Adicionalmente los artículos 54 y 68 superiores, señalan los deberes del

Estado y de los particulares para propiciar condiciones necesarias en el ámbito laboral y educativo a las personas con alguna discapacidad física o sensorial”³¹.

La corte constitucional ha sido enfática en señalar la obligación del Estado y la intención del legislador precisando: “...Bajo este contexto, el Ministerio de Defensa Nacional no sólo estaba en la obligación de apreciar las circunstancias especiales del actor para efectos de resolver su solicitud pensional, sino que especialmente debió aplicar la normatividad desde una perspectiva constitucional. Esto lleva al otro elemento que la Sala debe tener presente para resolver el asunto: (ii) en aras de salvaguardar los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de miembros de la Fuerza Pública, puede hacerse una interpretación extensiva de la cláusula de retroactividad dispuesta en el artículo 6º de la Ley 923 de 2004, y aplicarse a hechos ocurridos antes del siete (7) de agosto de dos mil dos (2002), como han resuelto otras salas de revisión de esta Corte. (...) Ahora bien, no ignora la Sala que la cláusula de retroactividad de ese régimen sólo llega hasta el siete (7) de agosto de dos mil dos (2002), conforme lo establece el artículo 6º de la Ley 923 de 2004, y que las lesiones del actor se produjeron en mil novecientos noventa y dos (1992); es decir, que ese sistema pensional en principio no producía efectos para la época en que se estructuró la invalidez del peticionario. Empero, la Corte tampoco desconoce que el propósito del Legislador al contemplar dicha cláusula era cubrir el déficit de protección que caracterizaba al régimen anterior, a partir del cual quedaban desprovistos de apoyo económico los miembros de la Fuerza Pública que en defensa del orden democrático sufrieron en actos del servicio una disminución física entre el 50% y el 75%. Esta actuación del Legislador es una manifestación directa del principio de solidaridad con quienes cumplieron su deber constitucional de defender el Estado de Derecho, inclusive arriesgando su vida, y que por circunstancias de regulación del sistema normativo tienen dificultades para procurarse una existencia digna por la ausencia de una prestación. De esta forma, la cláusula de retroactividad no sólo busca ampliar el espectro de protección con los miembros más vulnerables de la Fuerza Pública, sino que también pretende transmitir en la base de las tropas un mensaje de respaldo y cohesión, en el sentido de que para todas sus actuaciones legítimas contarán con el apoyo del Estado y la sociedad.”³²

De esta forma a pesar de que existe un debate acerca de la aplicación de la ley 923 de 2004, en la medida que, el actor fue desvinculado en el año 1996, fecha en la cual se encontraba vigente el Decreto 094 de 1989, también es cierto que la citada norma derogó todas las normas que le fueran contrarias y no realizó ninguna distinción entre la imputabilidad de las lesiones que produjeron la disminución de la capacidad laboral, postulados que ha aceptado Corte Constitucional en la jurisprudencia citada.

Así las cosas, la normatividad que debe aplicársele al actor es la Ley 923 de 2004 En esa medida, el porcentaje de disminución de capacidad laboral del señor Pelaez es suficiente para hacerlo acreedor de la pensión por invalidez, prestación que le permitirá garantizar para sí y para su familia una vida en condiciones de dignidad y el goce de diferentes garantías constitucionales tales como: mínimo vital y móvil, vivienda digna, salud, educación, entre otros. Por todo lo anterior, el despacho tutelaré como mecanismo definitivo los derechos fundamentales invocados y, como consecuencia, ordenaré al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional que a través de la dependencia competente, reconozcan al señor alvaro Pelaez Yepes la pensión de invalidez de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

En conclusión, al realizar el análisis del caso de la referencia, se pudo establecer que: (i) el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, (ii) que el accionante

³¹ Corte Constitucional Sentencia T-677/12 Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

³² Corte Constitucional Sentencia T-599/12 Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

es un sujeto de especial protección en razón a su discapacidad, y (iii) que pese a los principios de inmediatez y subsidiariedad al encontrarse probado que se están viendo afectados sus derechos fundamentales de vivir en condiciones mínimas de dignidad y el de su familia ante la negativa de la entidad de reconocer la pensión de invalidez a la que tiene derecho, es procedente el reconocimiento pensional.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad – seguridad social a la salud – mínimo vital, del señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

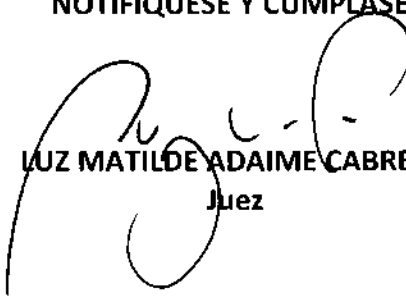
SEGUNDO.- ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, pensión de invalidez al señor ÁLVARO PELÁEZ YEPES identificado con cédula de ciudadanía No.94.389.323 de Tuluá (Valle), conforme con las consideraciones de esta sentencia. Igualmente, la entidad adelantará los trámites necesarios para que en treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, disponga lo pertinente para que el actor sea incluido en nómina de pensionados.

TERCERO. El Ministerio de defensa cuando reconozca la pensión de invalidez puede descontar de sus mesadas el valor indexado de la indemnización concedida a su favor. De cualquier modo, los descuentos que realice la entidad no pueden hacerse de forma tal que afecten el mínimo vital de el y sus hijos.

CUARTO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

