

DERECHO DE PETICION – Vulneración por incumplimiento del término para resolver petición en materia pensional

De conformidad con las consideraciones realizadas en el numeral I de la parte motiva de esta providencia, las peticiones relacionadas con el reconocimiento de una pensión, como la que hizo el actor a través del escrito radicado el 22 de marzo de 2011, deben resolverse en el término de 4 meses, es decir, que el demandante a más tardar debió obtener una respuesta de fondo a su petición el 22 de julio de 2011. De las pruebas aportadas al proceso y de los informes rendidos por las Direcciones de Sanidad y de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, no se advierte que el actor haya recibido una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente sobre su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los términos para dar respuesta, ver, Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

ACCION DE TUTELA - No procede para obtener el reconocimiento de pensión de invalidez /SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES - Derecho del conscripto retirado a que se defina su solicitud de reconocimiento de la pensión.

Por la anterior circunstancia estima la Sala que sin la finalización del trámite correspondiente para el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho el accionante, no puede el juez de tutela ordenar el reconocimiento inmediato de la pensión de invalidez que solicita, so pena de desconocer que el llamado a pronunciarse en primer lugar sobre tal aspecto es la parte accionada, y por consiguiente, que existe un trámite administrativo establecido para tal efecto que el juez constitucional tampoco puede pretermitir. En efecto, sin la existencia de un pronunciamiento de fondo sobre la situación prestacional del accionante por parte de la entidad en que el mismo laboró, no puede el juez de tutela anticiparse a lo que puede decidir ésta, como si tuviera competencia para tomar su lugar... aunque la acción de tutela no es procedente para ordenar el reconocimiento de la pensión que solicita el actor, pues aún no ha finalizado el trámite administrativo correspondiente para que la parte accionada se pronuncie sobre el particular, dicha acción sí es procedente para que en amparo del derecho de petición aquélla emita un pronunciamiento de fondo sobre la situación del accionante, en atención a que transcurrido más de un año sin que éste haya recibido respuesta a la petición que elevó para el reconocimiento de la pensión o indemnización que reclama por haber perdido casi la totalidad de su capacidad laboral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 1796 DE 2000 - ARTICULO 47

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B”**

CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2012).

Expediente: No. 19001-23-31-000-2012-00010-01(AC)
Referencia: 2012-00010-01
Actor: Jhonny Javier Valencia Yalanda
Acción de Tutela

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante en contra de la sentencia del 26 de enero de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca rechazó por improcedente la acción de tutela.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Jhonny Javier Valencia Yalanda, en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo del Cauca, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, igualdad, debido proceso, seguridad social, entre otros, presuntamente vulnerados por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Dirección de Prestaciones y Dirección de Sanidad.

Solicita al juez de tutela, que le sean tutelados los derechos fundamentales antes mencionados, y en consecuencia se ordene el pago de la mesada pensional y además se condene a la accionada al pago de los perjuicios materiales ocasionados.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-6):

Señala que se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular, al Batallón José Hilario López de la Ciudad de Popayán, en buenas condiciones de salud, pero que durante una emboscada sufrió considerables lesiones permanentes, que afectaron el movimiento de su extremidad superior derecha, y le causaron trauma acústico en ambos oídos y en sus ojos, por lo que estuvo incapacitado por un término mayor a ocho meses y con posterioridad fue dado de baja el 7 de enero de 2011.

Narra que mediante acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, fue valorado por la Junta Médica Laboral, que diagnosticó una pérdida de su capacidad laboral del 82.06%.

Señala que contra la anterior decisión no interpuso recurso alguno, por lo que renunció a términos por estar conforme con la evaluación realizada.

Manifiesta que con posterioridad se le indicó que debía trasladarse a la ciudad de Bogotá, a fin de ser notificado del acta No. 3248 de 23 de agosto de 2011, proferida por la Junta Médica Laboral, que corrigió el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011.

Indica que una vez más fue requerido en el mes de diciembre para llevar a cabo una nueva valoración en la ciudad de Bogotá, por parte de la Junta Médica, con el fin de corregir la calificación emitida en el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 adicionada por el acta No. 3248 de 23 de agosto de 2011.

Sostiene que desde el último requerimiento no ha recibido comunicación alguna del trámite efectuado.

Indica que por causa de la escasez de recursos económicos le es difícil propender por el sostenimiento de su hijo menor y el de su compañera permanente que dependen de él.

Adiciona que el hecho de soportar su incapacidad sin recursos económicos conlleva a una eminente vulneración a su mínimo vital.

Aduce que el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, es un acto administrativo que se encontraba en firme y había sido revestido de la presunción de legalidad, motivo por el cual si la parte accionada pretendía revocarlo o dejarlo sin efectos debió hacerlo por vía de las acciones contenciosas.

Reprocha que desde la calificación de su estado de salud, han transcurrido nueve meses sin que se le haya reconocido la pensión de invalidez, privándolo de la única fuente de ingresos para procurar su sostenimiento.

TRÁMITE PROCESAL E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Mediante auto del 16 de enero de 2012 (Fls. 14 y 15), el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la presente acción de tutela, y ordenó notificar la misma a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, que solicitó se negara el amparo solicitado por las siguientes razones (Fls. 19 - 21):

Señala que la función de la Dirección, es encargarse del reconocimiento y orden de pago de las prestaciones sociales unitarias y de conformar los expedientes por pensión, cuando se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el Decreto 4433 de 2004 o cuando la pensión es solicitada por el interesado, según la Resolución 15597 de 1997.

Destaca que respecto al trámite del accionante, el expediente prestacional apenas está en conformación, y que en la actualidad el procedimiento correspondiente se encuentra suspendido, por existir un error respecto a la imputabilidad del servicio de las lesiones sufridas por el accionante y en la fijación de los índices de disminución de su capacidad laboral.

Sostiene que el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante oficio de 26 de julio de 2011, solicitó al Director de Sanidad la revisión y corrección de la Junta Médica Laboral practicada al peticionario, solicitud que se reiteró por medio de oficio de 22 de agosto de 2011.

Asevera que en el presente caso la tutela no resulta ser procedente puesto que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos.

Adiciona que el accionante está haciendo uso de la tutela, para obtener un derecho de contenido prestacional, sin antes cumplir con el trámite fijado por la ley, desconociendo su turno y los derechos de los demás usuarios.

Afirma que como consecuencia de lo anterior no es posible efectuar la expedición de la resolución que reconozca una indemnización al accionante.

Por las anteriores circunstancias solicita vincular a la presente acción a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Con posterioridad, el Tribunal Administrativo del Cauca mediante auto del 19 de enero de 2012 (Fl. 27), vinculó a la presente actuación a la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional**, que se opuso a la acción de tutela instaurada por las siguientes razones (Fls. 35 - 37):

Afirma que la acción de tutela tiene por objeto reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Señala que a través de las actas No. 104 y 105 de 16 de noviembre de 2011, se procedió a revocar parcialmente el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 que inicialmente estableció el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del accionante.

Agrega que las dos actas antes señaladas deben ser notificadas personalmente para poder ser remitidas a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, a fin de que se surta el trámite correspondiente para el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

Indica que la notificación de las actas antes señaladas no se ha podido surtir porque el actor no reside en la ciudad de Bogotá, por lo que procederá a notificar dichas decisiones por edicto.

Concluye la intervención, aduciendo que la Dirección de Sanidad no ha vulnerado los derechos del accionante por lo que solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 26 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo del Cauca rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada contra las Direcciones de

Prestaciones Sociales y de Sanidad del Ejército Nacional, por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 48 a 54):

Luego de efectuar algunas consideraciones sobre la naturaleza de la acción de tutela, el Tribunal Administrativo destaca que el reconocimiento pretendido es de origen legal y reglamentario, por lo que el presente asunto no consiste en la protección de un derecho fundamental susceptible de amparo por vía de la acción de tutela.

Adiciona que la acción constitucional es improcedente ante la existencia de otros mecanismos judiciales de protección, como lo son los procedimientos administrativos y judiciales para obtener el reconocimiento del derecho pretendido por el accionante.

Destaca que la acción de tutela es procedente sólo en caso de existir un perjuicio irremediable que amerite una protección urgente, situación que no se advierte en el caso de autos.

Afirma que el trámite para obtener la pensión de invalidez que reclama el peticionario, debe iniciar con valoración de la Junta Médica Laboral, que en el presente caso no se ha realizado, toda vez que se exige la presencia del actor para realizar la correspondiente valoración.

Estima que la Dirección de Sanidad del Ejército, tiene la obligación de propender por la valoración del accionante por parte de la Junta Médica, mientras que la Dirección de Prestaciones Sociales debe adelantar las acciones pertinentes a fin de conformar el expediente para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Precisa que el accionante pretende que por vía de tutela se omita un trámite administrativo preestablecido para obtener el reconocimiento de una pensión por invalidez o la indemnización a que haya lugar.

Señala que con la presente acción se pretende solucionar una controversia de carácter prestacional, para lo cual el demandante cuenta con las acciones ordinarias.

Adiciona que la acción de tutela fue establecida para salvaguardar los derechos fundamentales y que no es procedente para controvertir actos administrativos, y mucho menos para lograr el reconocimiento de sumas de dinero.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 3 de febrero de 2012, el accionante impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 56 - 61):

En primer lugar manifiesta que el problema jurídico planteado por parte del Tribunal Administrativo es errado, pues que se enfocó en señalar la imposibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez porque supuestamente, no se había calificado su estado de salud por parte de una Junta Médica, desconociendo totalmente que ya existía un acta de calificación de pérdida de la capacidad laboral, que fue revocada unilateralmente por la parte accionada.

Reitera que el Tribunal Administrativo desconoció la existencia del acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, y que el Ejército no efectuó el procedimiento legalmente establecido para modificar la calificación de su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, consistente en solicitar la autorización del beneficiario del derecho reconocido.

Adiciona que el Tribunal Administrativo del Cauca también desconoció el precedente judicial establecido en la sentencia C – 836 de 2001 de la Corte Constitucional, según el cual por regla general no procede el reconocimiento y pago de una pensión por vía de tutela, pero que esta acción procede de manera excepcional frente a personas en situación de discapacidad, por ser sujetos especiales de protección constitucional.

Indica que se está desconociendo la definición de un derecho prestacional como lo es el pago de la pensión de invalidez.

Afirma que se pasó por alto los conductos regulares que debió ejecutar la parte accionada para proceder a revocar el acta proferida por la Junta Médica que determinó su pérdida de capacidad laboral en un 82.06%

Señala que los plazos para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional fueron desconocidos en vulneración del derecho de petición, que estima debió de tutelarse así no fuera alegado expresamente, toda vez que es obligación del juez constitucional verificar cualquier presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Estima que su discapacidad fue probada con la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, que quedó consignada en un acta que al encontrarse en firme no era susceptible de ser revocada unilateralmente sin su consentimiento expreso.

Adiciona que ante un posible error que pudo haber cometido la autoridad en la referida acta, el Ejército contaba con mecanismos idóneos para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y solicitar la nulidad del mencionado acto.

Añade que de lo contrario no existiría seguridad jurídica frente a la legalidad de los actos administrativos que se encuentran en firme.

Insiste en su condición de discapacidad y en su falta de recursos económicos para proporcionar la subsistencia de su núcleo familiar.

Reprocha que el juez de primera instancia haya afirmado que no se acreditó la vulneración de los derechos fundamentales invocados, pero que no haya expresado las razones de tal conclusión.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene el pago de la mesada pensional de manera provisional a fin de garantizar su mínimo vital, teniendo en cuenta su precario estado de su salud, y la existencia de un acta de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Adicionalmente solicita que se agilice el trámite del reconocimiento definitivo de su pensión de invalidez.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia de 7 de mayo de 2012 (Fls. 67 – 68), previo a decidir sobre la impugnación de la sentencia de primera instancia, se ordenó oficiar a las Direcciones de Prestaciones Sociales y Sanidad del Ejército Nacional para que informaran lo siguiente:

- “1. Cuándo quedó en firme el acta de Junta Médica Laboral No. 42108 del 9 de marzo de 2011.
2. Con fundamento en qué situación y bajo qué normas se aclaró la anterior resolución, a través del acta adicional No. 3248 de 23 de agosto de 2011.
3. Remita con destino a este proceso copia de las actas 104 y 105 del 16 de noviembre de 2011, informando que actuaciones se llevaron a cabo para realizar la notificación de dichos actos administrativos, aportando copia de los trámites adelantados.
4. Con fundamento en qué situación, bajo qué normas y dadas las modificaciones que sobre el punto se hacen en la respuesta a la tutela, se revocó parcialmente el acta de Junta Médico Laboral No. 42108, a través de las actas No. 104 y 105 del 16 de noviembre de 2011.
5. Si se ha realizado alguna petición encaminada al reconocimiento de la pensión de invalidez después del Acta No. 42108 del 9 de marzo de 2011 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, por parte del señor Jhonny Javier Valencia Yalanda.”

En los mismos términos se ofició al demandante, para que informara si ha realizado alguna petición encaminada al reconocimiento de la pensión de invalidez después de la Resolución No. 42108 del 9 de marzo de 2011 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Realizadas las notificaciones pertinentes, el accionante manifestó que no ha efectuado petición alguna para obtener la pensión, debido a que una vez en firme la calificación de invalidez, la misma es remitida de oficio a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional para que se encargue de llevar a cabo el trámite correspondiente para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Adiciona que por motivo de su desvinculación no se requiere de peticiones previas para lograr el reconocimiento de un derecho de carácter prestacional.

Añade que tampoco podía presentar petición en el sentido antes señalado, en razón a que la entidad demandada siempre ha argumentado que el acta de calificación que le fue realizada por la Junta Médica no se encontraba en firme, en su criterio, por las irregulares modificaciones que se hicieron de aquella, las cuales han motivado la interposición de la presente acción.

Afirma el accionante que los demandados son conocedores de la solicitud de reconocimiento de la pensión no sólo por vía de la presente acción, sino por la situación en virtud de la cual se efectuó el retiro del servicio.

Estima que sería desproporcionado someterlo a un trámite administrativo para obtener el reconocimiento de la pensión debido a su estado de salud.

Concluye manifestando que su situación económica es precaria debido a la escasez de recursos, por lo que solicita sean amparados los derechos invocados.

De otro lado, mediante comunicación vía telefónica con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, realizada el día 28 de mayo de 2012, el Despacho del Magistrado Ponente insistió en que se diera cumplimiento al auto proferido el 7 de mayo de 2012.

En respuesta a la anterior solicitud dicha entidad mediante escrito remitido via fax informó lo siguiente: (Fls. 93 – 106)

Que el acta No. 42108 de 2011 quedó en firme el día 12 de enero de 2012, fecha en la que se notificaron también las actas 104 y 105 de 2011.

Responde que la adición realizada al acta No. 42108, fue notificada personalmente el accionante el día 23 de agosto de 2011, con fundamento en el artículo 33 del Decreto 094 de 1989.

Señala que remite copia de los edictos a través de los cuales se notificaron las actas 104 y 105 de 16 noviembre de 2011, fijados el 2 de enero de 2012 y desfijados el 12 de enero de 2012.

Afirma que el fundamento normativo por el cual se corrigió el acta No. 42108 a través de las actas 104 y 105 de 2011, es el artículo 33 del Decreto 094 de 1989.

Concluye que una vez se surtió la notificación de los actos antes señalados, por medio del oficio No. 25956 CE-JEDM-JEDEH- DISAN-ML-TJM-27.4 de 9 de marzo de 2012, se remitió copia del acta de Junta Médico Laboral No. 42108 a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército para que iniciara el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Sobre los términos del derecho de petición en materia pensional

En principio podría pensarse que el término de respuesta de todo derecho de petición independientemente de la materia objeto de análisis, sería de 15 días hábiles de conformidad con el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, sin embargo en materia pensional por la complejidad de asuntos que se manejan y los engorrosos trámites que implican tanto el reconocimiento como la denegación de una pensión, se ha reconocido que el término antes señalado en algunos casos resulta evidentemente insuficiente para emitir una respuesta de fondo a lo solicitado, motivo por el cual a partir de una interpretación sistemática de la normatividad existente en la materia, la Corte Constitucional progresivamente ha delimitando los tipos de solicitudes que se pueden presentar y el término dentro del cual deben contestarse, so pena de vulnerar el derecho de petición; esfuerzo que de manera significativa puede apreciarse en la sentencia T-413 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde sobre el particular se concluyó:

“La jurisprudencia constitucional de esta Corporación ha señalado que el núcleo esencial del derecho de petición comprende los siguientes elementos o características: (i) la posibilidad cierta y efectiva de presentar, de manera respetuosa, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la facultad de obtener una respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico; (iii) el derecho a recibir una respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad analice la materia propia de la solicitud y se pronuncie sobre la totalidad

de los asuntos planteados, es decir, la correspondencia entre la petición y la respuesta, excluyendo fórmulas evasivas o elusivas y; (iv) **la pronta comunicación al peticionario sobre la determinación adoptada, con independencia de que su contenido sea favorable o desfavorable. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho fundamental de petición.**

Específicamente, en tratándose de solicitudes de derechos pensionales, el contenido del derecho fundamental de petición ha sido claramente definido por esta Corte. Para ello ha fijado el alcance del artículo 4º de la Ley 700 de 2001, con el objeto de precisar los términos que obligan a los operadores públicos y privados a producir una respuesta de fondo.

En ese sentido, esta Corporación por medio de una interpretación sistemática de las normas que regulan el ejercicio del derecho de petición en materia de seguridad social en pensiones (Código Contencioso Administrativo, Decreto 656 de 1994 y Ley 700 del 2001) ha precisado las siguientes reglas en relación a los términos con que cuentan las entidades encargadas de administrar los recursos destinados a pensiones para responder las solicitudes que hagan los ciudadanos, a saber:

- (i) **Quince (15) días para comunicar al solicitante el estado del trámite respectivo (artículo 6 del C.C.A.)**
- (ii) **Cuatro (4) meses para resolver o decidir de fondo sobre el reconocimiento de la pensión solicitada (según interpretación analógica del artículo 19 del decreto 656 de 1994)**, salvo que se trate del reconocimiento de pensión de sobrevivientes, cuyo término en virtud del artículo 1º de la ley 717 de 2001 es de dos (2) meses.
- (iii) Seis (6) meses para realizar el pago efectivo de las respectivas mesadas pensionales (artículo 4 de la ley 700 de 2001).

De esta manera, la Sala reitera la extensa jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, en el sentido de señalar que, de acuerdo con la legislación vigente, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías disponen de un plazo global de seis meses contados a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento de la pensión por parte del interesado, para adelantar los trámites necesarios tendientes a resolver sobre la petición en concreto y a comenzar a pagar la pensión correspondiente.

Así las cosas, la vulneración a la pronta resolución como elemento del núcleo esencial del derecho fundamental de petición en materia pensional, **se configura cuando la autoridad encargada de resolver este tipo de solicitudes incumple los términos atrás expuestos.** Contrario sensu si al momento de la presentación de la acción de tutela todavía no han vencido dichos plazos, el juez de tutela deberá denegarla, e incluso, de darse los requisitos fijados tanto en la ley como en la jurisprudencia de esta Corporación *“condenar al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”*.

(...)

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la **omisión en resolver las solicitudes dentro del término establecido y la falta de notificación de la respuesta al interesado, implican la vulneración del derecho fundamental de petición** cuya efectividad se deriva de una respuesta de fondo pronta, clara y completa por parte de las autoridades, a cada una de las solicitudes que se les presenten. Por consiguiente, ante la omisión en dar una respuesta de fondo, el peticionario puede o bien acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda contra el acto ficto, o bien solicitar al juez constitucional, a través de la acción de tutela, la protección de su derecho fundamental de petición, exigiendo una respuesta de fondo de la autoridad respectiva.” (Destacado fuera de texto).

II. Análisis del caso en concreto.

Con el fin de tener una mejor comprensión de los motivos de inconformidad del accionante y las razones por las cuales se rechazó por improcedente la acción de tutela, la Sala estima pertinente aclarar a partir de los documentos aportados al proceso, en especial los allegados durante esta instancia, cuál ha sido el trámite administrativo que se ha adelantado al interior del Ejército Nacional para determinar la situación de sanidad del peticionario. En ese orden ideas a continuación se enumeran y explican cuáles han sido los principales actos que se han proferido respecto a la situación de aquél.

1. Mediante el acta de la Junta Médica Laboral No. 42108 de 9 de marzo de 2011 se determinó que el accionante perdió su capacidad laboral en un 82.06%, luego de hacer el análisis que a continuación se expone: (Fls. 95 a 97)

Afección	Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones	Imputabilidad del servicio	Fijación correspondiente de los índices
1	Durante activación de artefacto explosivo sufre herida por esquirlas en cara, mano y pierna derecha, región lumbar que deja secuela de: a. Pérdida funcional de la mano derecha. b. Cicatriz con defecto estético leve sin limitación funcional en cara.	Lesión que ocurrió durante el combate por acción del enemigo	a. Índice quince (15) b. Índice dos (2) c. Índice dos (2)¹
2	Leishmaniasis cutánea que deja como secuelas a. Cicatriz con defecto estético leve sin limitación funcional en brazo derecho	Enfermedad profesional	a. Índice dos (2)
3	Exposición crónica a ruido valorado con audiometría tonal a. "Hipoacusia neurosensorial de 40 DB bilateral" b. "Tinnitus"	Enfermedad profesional	a. Índice nueve (9) b. Índice tres (3) c. Índice tres (3)

¹ De la referida acta no se precisa a qué secuela hace referencia el índice otorgado, pues en la afección 1 sólo se relacionan dos secuelas (pérdida funcional de la mano derecha y cicatriz con defecto estético leve sin limitación funcional en cara).

	c. Laberintitis"		
4	Terigios repetitivo en ojo derecho con "cuetis" ojo derecho.	Enfermedad común	NO HAY LUGAR A FIJAR INDICE LESIÓN
5	"Ametropia" valorado y tratado por oftalmología con agudez visual ojo derecho.	Se olvidó determinar la imputabilidad al servicio.	Índice dos (2)

2. A través del escrito del 14 de marzo de 2011, que tiene sello de recibido del día 22 del mismo mes, el peticionario manifestó que estaba de acuerdo con el acta antes descrita, por lo que renunciaba a convocar al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Se destaca que en dicho escrito el demandante solicitó "**se sirvan proceder a ordenar el trámite del pago de la indemnización y el pago de la pensión por invalidez**" (Fl. 99).

3. Según el informe de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, en la referida acta se incurrió en un error "*en la imputabilidad del servicio y en la fijación de los índices de disminución de la capacidad laboral, por lo cual mediante oficio 611141 del 26-JUL-11 SE SOLICITÓ a la DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO LA CORRECCIÓN DE LA NOVEDAD EN LA JUNTA MÉDICA, y nuevamente mediante radicado 698241 del 22-AGO-11 se reiteró la solicitud de revisión y corrección del Junta Médico del señor VALENCIA YALANDA.*" (Fls. 39,42,43).

3. En atención a la advertencia de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, mediante el acta adicional No. 3248 de 23 de agosto de 2011 (Fls. 9, 98), se aclara el acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011, en el sentido precisar que la afección **5 es una enfermedad común, y que respecto a la misma no hay lugar a fijar índices de lesión.**

Adicionalmente reitera que frente a la afección 4 no hay lugar a fijar índices de lesiones (al parecer porque desde el inicio fue calificada como enfermedad común).

4. Con posterioridad se expidió el acta de revocatoria parcial No. 104 de 16 de noviembre de 2011, que modificó el "Numeral VI Literal A – Diagnóstico Positivo de las Lesiones o Afecciones" del acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011, de la siguiente forma (Fls. 103-104):

Afección	Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones	Imputabilidad de la lesión
1	Durante activación de artefacto explosivo sufre herida por esquirlas en cara, mano y pierna derecha, región lumbar que deja secuela de: a. Pérdida funcional de la mano derecha. b. Cicatriz con defecto estético leve sin limitación funcional en cara ² .	Lesión que ocurrió en el servicio por acción directa del enemigo.
2	Leishmaniasis cutánea que deja como secuelas A .Cicatriz con defecto estético leve sin limitación funcional en brazo derecho	Enfermedad profesional
3	Exposición crónica a ruido valorado con audiometría tonal a. "Hipoacusia neurosensorial de 40 DB bilateral" b. "Tinnitus laberintitos" c. "Laberintitis"	Enfermedad profesional
4	Terigios repetitivo en ojo derecho con "cuetis" ojo derecho.	Enfermedad común
5	"Ametropia" valorado y tratado por oftalmología con agudeza visual ojo derecho "OD 20/80 Y OD: 20/70 QUE CORRIGE A OD 20/90" OI 20/30 (...)"	Enfermedad común

Finalmente resolvió declarar que el acta de la Junta Médica Laboral No. 42108 de 9 de marzo de 2011 quedó vigente es sus demás aspectos.

El cambio relevante del Acta 104 de 16 de noviembre de 2011, consiste en **precisar que la afección 5 corresponde a una enfermedad común y no profesional como se indicó en el acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011.**

5. El mismo día (16 de noviembre) en que se expidió el acta 104 de 2011, también se profirió el acta parcial No. 105, que modificó el "Numeral VI Literal E – Fijación de los correspondientes índices" del acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011, de la siguiente forma (Fls. 100-101):

² A diferencia del Acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011, respecto a la afección 1 sólo se relacionan 2 secuelas, al parecer porque advirtieron que en la acta antes señalada se relacionó en la afección 1 una tercera secuela no identificada, para la cual se fijó un índice de 2.

Afección	Fijación Correspondiente de los índices
1	a. Índice quince (15) b. Índice dos (2)³
2	a. Índice dos (2)
3	a. Índice nueve (9) b. Índice tres (3) c. Índice tres (3)
4	NO HAY LUGAR A FIJAR INDICE LESIÓN
5	Índice dos (2)⁴

En virtud de lo anterior, determinaron que la disminución de la capacidad laboral del actor es de 80.07%, y declararon que el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 en sus demás aspectos se encuentra vigente.

5. Mediante oficio No. 25956 CE– JEDM-JEDEH– DISAN–ML-TJM-27.4 de 9 de marzo de 2012, la Dirección de Sanidad remitió el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 del peticionario, a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército para que iniciara el trámite correspondiente (Fl. 106).

Hechas las anteriores precisiones, se entiende con mayor facilidad las razones por las cuales el actor considera que tiene derecho a la pensión de invalidez, y solicita su reconocimiento inmediato a través de la acción de tutela, toda vez que en su criterio desde la emisión del acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 (que determinó una pérdida de su capacidad laboral del 82.06%) debieron realizarse los trámites correspondientes para que se le otorgara la pensión a la que dice tener derecho, teniendo en cuenta que a través de un escrito con fecha del 14 de marzo de 2011, recibido el día 22 del mismo mes, renunció a que dicho acto fuera objeto de revisión por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

De otro lado, también se advierte que uno de los motivos principales de inconformidad del peticionario, es que el acta antes señalada, que definió una

³ Como se indicó en la nota al pie anterior, para la afección 1 sólo se relacionaron 2 secuelas, a diferencia del acta N° 42108 de 9 de marzo de 2011, en la cual respecto a la afección 1 se relacionaron 3 secuelas, aunque la tercera no fue identificada pero se le fijó un índice de 2.

⁴ Observa la Sala que en esta acta se le asigna a la afección o lesión 5 un índice de 2 (como estaba en el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011), a pesar que respecto a la misma patología se había establecido en el acta adicional No. 3248 de 23 de agosto de 2011, que no había lugar a fijar un índice.

situación particular y concreta, se haya modificado sin su consentimiento expreso mediante actos posteriores. Sobre el particular el demandante estima que si la parte accionada quería modificar el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y no actuar de forma unilateral sin requerir su consentimiento.

El Tribunal Administrativo del Cauca argumenta que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos judiciales de protección para la defensa de sus derechos, los cuales estima son de carácter eminentemente prestacional, motivo por el cual la acción de tutela es improcedente. Esta posición también es compartida por la Dirección de Sanidad del Ejército.

Frente a la posición del juez de primera instancia el actor argumenta que la acción de tutela sí es procedente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en atención a su condición de sujeto de especial protección por su estado de salud y a la escasez de recursos económicos para procurar su mínimo vital y el de su familia.

Por su parte la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional al contestar la demanda señala que el trámite prestacional se encuentra suspendido debido a un error existente en el acta médica del accionante, respecto a la imputabilidad del servicio de las lesiones diagnosticadas y la fijación de los índices de disminución de la capacidad laboral (Fl. 39), aspecto sobre el cual la Dirección de Sanidad en el informe rendido durante esta instancia destaca, que la evaluación de la situación del accionante (después de las respectivas correcciones), fue enviada el 9 de marzo de 2012 a la Dirección de Prestaciones Sociales para lo de su competencia (Fl. 94).

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, se estima que el problema jurídico en el caso de autos consiste en determinar si el accionante puede obtener o no el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por vía de la acción de tutela, y si la misma constituye el mecanismo idóneo para verificar si las modificaciones realizadas al acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, que inicialmente determinó que perdió su capacidad laboral en un 82.06%, están o no conformes al ordenamiento jurídico.

Sobre el particular en primer lugar se evidencia, que aún no ha concluido el trámite de reconocimiento de la pensión o las prestaciones a que pudiere tener derecho el actor por haber perdido en un porcentaje significativo de su capacidad laboral, en tanto de conformidad con lo informado por la Dirección de Sanidad en esta instancia, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional aún se encuentra analizando la situación del peticionario.

Por la anterior circunstancia estima la Sala que sin la finalización del trámite correspondiente para el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho el accionante, no puede el juez de tutela ordenar el reconocimiento inmediato de la pensión de invalidez que solicita, so pena de desconocer que el llamado a pronunciarse en primer lugar sobre tal aspecto es la parte accionada, y por consiguiente, que existe un trámite administrativo establecido para tal efecto que el juez constitucional tampoco puede pretermitir.

En efecto, sin la existencia de un pronunciamiento de fondo sobre la situación prestacional del accionante por parte de la entidad en que el mismo laboró, no puede el juez de tutela anticiparse a lo que puede decidir ésta, como si tuviera competencia para tomar su lugar.

Ahora bien, lo anterior de ningún modo significa que la parte accionada pueda dilatar la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho al actor, ni que éste no puede realizar alguna actuación para procurar la definición oportuna de su situación.

Sobre el particular se evidencia, que aunque el actor en respuesta al informe solicitado en esta instancia indicó que no ha elevado petición alguna para obtener el reconocimiento de la pensión (Fl. 85), dentro de los documentos que aportó al presente proceso la Dirección Sanidad, se encuentra un escrito con fecha del 14 de marzo de 2011, con un sello de recibido del día 22 del mismo mes por el Ejército Nacional, en el que el demandante además de manifestar que está totalmente de acuerdo con el acta N°42108 de la Junta Médica Laboral, solicitó que se adelantara el trámite correspondiente para el reconocimiento y pago de la indemnización y/o pensión a que tiene derecho.

En criterio de la Sala la anterior petición constituye una actuación que el actor

adelantó para obtener un pronunciamiento de fondo por parte de la Administración, relacionado con el hecho de que mediante el acta ante señalada se estableció que perdió su capacidad laboral en un 82.06%, porcentaje que en su criterio le otorga el derecho a ser beneficiario de una pensión de invalidez.

En virtud de lo anterior, debe precisarse qué término tenía la parte accionada para resolver dicha petición, y si ha sido diligente en la resolución de la misma.

Respecto a dicho asunto en primer lugar se precisa, que de conformidad con las consideraciones realizadas en el numeral I de la parte motiva de esta providencia, las peticiones relacionadas con el reconocimiento de una pensión, como la que hizo el actor a través del escrito radicado el 22 de marzo de 2011, deben resolverse en el término de 4 meses, es decir, que el demandante a más tardar debió obtener una respuesta de fondo a su petición el 22 de julio de 2011.

De las pruebas aportadas al proceso y de los informes rendidos por las Direcciones de Sanidad y de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, no se advierte que el actor haya recibido una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente sobre su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez. En efecto, lo que se evidencia es que la parte accionada ha adelantado varias actuaciones tendientes a resolver dicha petición, por ejemplo, que en los meses de julio y agosto de 2011 la Dirección de Prestaciones Sociales requirió a la Dirección de Sanidad para que corrigiera unos presuntos errores del acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 de la Junta Médica Laboral; que aquella mediante 3 actas (3248 del 23 de agosto, 104 y 105 del 16 de noviembre de 2011) ha intentado enmendar dicho yerro; y que en el mes de marzo de 2012, la Dirección de Sanidad remitió el Acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 (ya corregida), a la Dirección de Prestaciones Sociales para que adelantara los trámites pertinentes.

En otras palabras, ha transcurrido más de un año desde que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión a la que cree tener derecho, y aún la parte accionada no ha emitido un pronunciamiento de fondo sobre el particular, sólo ha emitido algunos actos de trámite para resolver ésta, situación que en criterio de la Sala constituye una flagrante vulneración al derecho de petición, por cuanto está claramente vencido el término legalmente previsto para resolver la referida solicitud, que valga la pena destacar por tratarse de un asunto pensional merece

especial consideración, teniendo en cuenta que el solicitante es una persona que al servicio del Ejército Nacional perdió casi la totalidad de su capacidad laboral, y por ende que necesita tener certeza lo más pronto posible sobre la posición de la Administración frente a los derechos y prestaciones sociales que reclama, y de los cuales pretende procurar su subsistencia y la de su familia.

En ese orden de ideas, aunque la acción de tutela no es procedente para ordenar el reconocimiento de la pensión que solicita el actor, pues aún no ha finalizado el trámite administrativo correspondiente para que la parte accionada se pronuncie sobre el particular, dicha acción sí es procedente para que en amparo del derecho de petición aquélla emita un pronunciamiento de fondo sobre la situación del accionante, en atención a que ha transcurrido más de un año sin que éste haya recibido respuesta a la petición que elevó para el reconocimiento de la pensión o indemnización que reclama por haber perdido casi la totalidad de su capacidad laboral.

Por lo tanto, se ordenará al Ejército Nacional que a través de las Direcciones de Sanidad y de Prestaciones Sociales, adelante las gestiones que sean necesarias para que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, resuelva de fondo, de manera clara, precisa y congruente, la petición elevada por el accionante mediante escrito del 14 de marzo de 2011, recibido el día 22 del mismo mes, sobre el reconocimiento de la pensión o indemnización que reclama por haber perdido casi la totalidad de su capacidad laboral, y que en el mismo término se le notifique al demandante la respuesta correspondiente.

Se reitera que la parte accionada debe adelantar las gestiones que sean pertinentes para emitir una respuesta de fondo, esto es, que defina si el actor tiene o no derecho a la pensión o indemnización que solicita, expresando por supuesto las razones de su decisión, en tanto ya ha contado con más de un año para adelantar los trámites pertinentes para definir la situación laboral y prestacional del accionante, por lo que de ningún modo puede manifestarle a éste que aún está estudiando su situación, o que falta algunos trámites para definir la misma, so pena de dilatar aún más la resolución de un asunto que debió definirse a finales de julio de 2011.

De otro lado, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela contra los actos

que han modificado el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011, particularmente en disminuir el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del accionante de un 82.06% a un 80.07%, estima la Sala que el actor tiene a disposición otros mecanismos de defensa como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (dentro del término previsto en el artículo 136 numeral 2° del C.C.A) para controvertir la legalidad de los actos que en su criterio de forma unilateral e inconsulta revocaron la definición inicial de su situación de sanidad, y en especial de aquellos que con fundamento en las decisiones cuestionadas se emitan definiendo su situación prestacional.

Adicionalmente estima la Sala, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre el particular realicen las autoridades competentes, que la disminución del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del accionante al 80.07% aún le permite adquirir el derecho a la pensión de invalidez, y que la disminución que se realizó del porcentaje de discapacidad tampoco incide el monto de la pensión a que eventualmente tiene derecho, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000, dicha prestación se concede en un 75% de “las partidas establecidas en las normas que regulen la materia”, cuando su beneficiario ha sido calificado en un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 75%⁵ al 85%.

En otras palabras, sin perjuicio de lo que estimen las autoridades competentes, la modificación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del accionante y algunas de las correcciones que se realizaron respecto del acta 42108 de 9 de marzo de 2011, tampoco le generan aquél un perjuicio de tal entidad que justifique la intervención del juez de tutela para verificar la legalidad de los actos que emite la parte accionada para definir la situación prestacional del peticionario.

III. De las órdenes a proferir

En ese orden de ideas se confirmará el numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, que rechazó la acción de tutela

⁵ Sobre el porcentaje del 75% previsto como el mínimo para adquirir el derecho a la pensión de invalidez, esta Subsección ha señalado que si de la valoración del estado de salud del peticionario se determina que ha disminuido su capacidad laboral en un 50% o más, tendría derecho a dicha pensión, en virtud de la aplicación favorable de las normas del Sistema General de Salud. Sobre el particular entre otras, puede consultarse la sentencia del 4 de febrero de 2010, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, dentro del proceso 08001-23-31-000-2005-00781-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

por improcedente, frente a la solicitud de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez y controvertir los actos administrativos que modificaron el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 de la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

De otro lado se adicionará la sentencia impugnada en el sentido de tutelar el derecho de petición por las razones expuestas en esta providencia, y en consecuencia se ordenará al Ejército Nacional que a través de las Direcciones de Sanidad y de Prestaciones Sociales, adelante las gestiones que sean necesarias para que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, resuelva de fondo, de manera clara, precisa y congruente, la petición elevada por el accionante mediante escrito del 14 de marzo de 2011, recibido el día 22 del mismo mes, relativa a si tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión por invalidez o a la indemnización por haber perdido casi la totalidad de su capacidad laboral, y que en el mismo término se le notifique al demandante la respuesta correspondiente.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE el numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia del 26 de enero de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, rechazó por improcedente la acción de tutela frente a la solicitud de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez y controvertir los actos administrativos que modificaron el acta No. 42108 de 9 de marzo de 2011 de la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

SEGUNDO: ADICIÓNASE la sentencia antes señalada en el sentido de **TUTELAR** el derecho de petición por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia **ORDÉNASE** al Ejército Nacional que a través de las Direcciones de Sanidad y de Prestaciones Sociales, adelante las gestiones que sean necesarias para que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta

providencia, resuelva de fondo, de manera clara, precisa y congruente, la petición elevada por el accionante mediante escrito del 14 de marzo de 2011, recibido el día 22 del mismo mes, relativa a si tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión por invalidez o a la indemnización por haber perdido casi la totalidad de su capacidad laboral, y que en el mismo término se le notifique al demandante la respuesta correspondiente.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
(Ausente, en Comisión)