

ACCION DE TUTELA - Procedencia / ACCION DE TUTELA - Es improcedente cuando a través de ella se busca el reconocimiento y pago acreencias laborales / RECONOCIMIENTO Y PAGO ACREENCIAS LABORALES - Casos excepcionales en que es procedente la acción de tutela

La Carta Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse. Esta Corporación ha manifestado en forma reiterada que por regla general la acción de tutela por su naturaleza subsidiaria, resulta improcedente para ordenar el reconocimiento de derechos que en principio deben ser ventilados ante los jueces naturales y en aplicación de los procedimientos establecidos para el efecto. No obstante, corresponde al juez de tutela determinar en cada caso particular, si el reconocimiento de derechos relacionados con acreencias laborales, como en el presente caso, adquiere relevancia constitucional, caso en el cual la acción de tutela es procedente para proteger el derecho fundamental al mínimo vital en condiciones dignas... Si bien es cierto el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la anulación de los actos que denegaron la prestación de invalidez que solicita, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a la luz de la excepciones que plantea la jurisprudencia para que por medio de la acción de tutela se conceda el amparo deprecado en tal evento, en el caso concreto se esgrime que el mecanismo principal no garantiza los derechos del actor acorde con sus circunstancias ya descritas, quien por su condición de discapacidad es sujeto de protección constitucional y merece un trato diferencial positivo. En efecto, sobre los sujetos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, el análisis de procedencia de la acción se flexibiliza

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la procedencia de la acción de tutela cuando el afectado se halle en situación de debilidad manifiesta, ver Corte Constitucional sentencias T-112 de 2011 y T1316 de 2001. Respecto de la procedencia de la acción de tutela cuando los mecanismos no resultan idóneos, consultar Corte Constitucional sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008 y T-607 de 2007

FUERZAS MILITARES - Sistema de Seguridad Social / RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Debe aplicarse principio de favorabilidad laboral y pro homine cuando hay contradicción entre una norma y otra / ARTICULO 30 DEL DECRETO 4433 DE 2004 - Fue declarado nulo por parte del Consejo de Estado / Ley 923 de 2004 - Es la norma a aplicar para el reconocimiento de la pensión de invalidez para los miembros de la fuerza publica

A partir del recuento normativo efectuado, existe una contradicción respecto de los límites mínimos para acceder a la pensión de invalidez de personal de las FF.MM, pues mientras la norma general indica que se reconocerá cuando el porcentaje no sea inferior al 50 por ciento, el decreto reglamentario establece que el porcentaje debe ser superior al 75 por ciento por regla general, y cuando sea por lesiones acaecidas en combate y por obra del enemigo, entre otras, debe ser superior o igual al 50 por ciento, disposición última que fue la aplicada por la entidad para negar el derecho reclamado, porque el índice alcanzado era del 56.34 por ciento,

del cual sólo el 37 por ciento fue acaecido en combate siendo el restante porcentaje enfermedades general y profesional. Aun cuando tal distinción no se encuentra claramente establecida en la norma, puesto que la entidad desmembra el porcentaje alcanzado para determinar la procedencia de la prestación por invalidez, es evidente que existe una contradicción de los límites mínimos para el reconocimiento de la pensión de invalidez para los miembros de la Fuerza Pública entre el numeral 5 del artículo 3 de la ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, que de ser zanjada, no generaría distinción efectuada por la entidad. Así, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han establecido que, en virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse lo dispuesto en la última norma referida, es decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando la disminución de la pérdida de la capacidad laboral no sea inferior al 50 por ciento. Concordante con esta posición, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, mediante Sentencia de 28 de febrero de 2013, declaró nulo el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004...Concluyó entonces esta Corporación que, por un exceso en el ejercicio de las competencias reglamentarias conferidas al Gobierno Nacional, al proferir el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, la referida disposición se declaró nula, debiéndose aplicar para estos efectos, entonces, lo dispuesto en la Ley 923 de 2004

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber de aplicación del principio de favorabilidad laboral y su alcance, estudiar Corte Constitucional sentencias T-829 de 2005, T-841 de 2006 y T-229 de 2009, entre otras. Y ver Consejo de Estado sentencias de 21 de junio de 2012, EXP. 2012-00740-01, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 9 de mayo de 2012. EXP 2012-00144-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Para consultar la sentencia que declaro nulo el artículo 30 del decreto 4433 de 2004 ver Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, providencia de 28 de febrero de 2013

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00659-01(AC)

Actor: URIEL MARINO QUIÑONEZ CABEZAS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 21 de mayo de 2013, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A” que denegó el amparo de tutela solicitado.

ESCRITO DE TUTELA

Por conducto de apoderado judicial, el señor Uriel Marino Quiñónez Cabezas interpone acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional (Dirección Administrativa) con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna, la seguridad social en salud y pensión y al debido proceso.

Expone como hechos que ingresó como soldado regular a prestar el servicio militar al Ejército Nacional el 10 de abril de 2007. Posteriormente ingresó a la Institución como alumno soldado regular, el 10 de marzo de 2009.

El 7 de marzo de 2011 se emitió el informativo administrativo por lesión No. 052519 y consecuentemente, el 29 de marzo de 2012, Acta de Junta Médica Laboral No. 501821 donde se determinó una incapacidad permanente parcial que le impedía realizar actividad militar por disminución de la capacidad laboral del 56.34 %. Fue retirado del servicio por orden administrativa de personal No. 1970.

Mediante Resolución No. 9004 del 19 de diciembre de 2012, la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional declaró que no había lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de invalidez. Interpuso recurso de reposición en su contra, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 0847 del 27 de febrero de 2013, que confirmó la decisión recurrida.

Pretende que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales – Dirección de Veteranos y Bienestar Social que reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 29 de marzo de 2012, fecha del acta de junta médico laboral. Que se dejen sin efectos las Resoluciones No. 9004 del 9 de diciembre de 2012 y 08547 del 27 de febrero de 2013, mediante las cuales le fue negado el derecho a la pensión de invalidez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 21 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A” denegó por improcedente el

reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Uriel Marino Quiñónez Cabezas.

Señaló en primer término, que la acción de tutela para lograr el pago de prestaciones sociales es improcedente, a menos de que se demuestre que pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial estos carezcan de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable.

Aludió a las secuelas de la lesión, contenidas en el acta de junta médica laboral que generaron la disminución de su capacidad en 56.34 %, e inaptitud para el servicio. Al respecto indicó que no se configuraron los elementos de juicio que permitan concluir que el actor se encuentra en estado de vulnerabilidad por razón de su discapacidad, que lo pongan en situación grave e inminente que pueda llegar a afectar su vida, lo cual hace que la acción de tutela sea ineficaz frente a otros mecanismos legales.

De otro lado, indicó que el peticionario no cumple las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque la pérdida establecida (56,34 %) no cumple el tope exigido (75 %) para que se pueda reconocer y liquidar una pensión de invalidez, conforme a la ley. De igual forma, pese a que el tutelante afirma encontrarse en una difícil situación económica, no demuestra siquiera sumariamente tal circunstancia.

IMPUGNACIÓN

El actor impugna la decisión de primera instancia. Señala que se desconoce la Ley 776 de 2002, sobre protección a personas discapacitadas, de manera que bien pudo haberse reubicado. Asimismo, que se expidió la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, que hizo distinciones respecto de los eventos en que ocurran lesiones para efectos de reconocer la pensión de invalidez, donde pueden aplicarse porcentajes entre el 50 y 75 %, como cuando la lesión ocurre en actos de combate, entre otros; aplicación normativa procedente en su caso. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se conceda el amparo solicitado y se ordene a la entidad el reconocimiento de la pensión de invalidez y la reanudación de la prestación de los servicios de salud que requiere para sus padecimientos.

Para resolver, se

CONSIDERA

Corresponde a la Sala determinar si se vulneran los derechos del actor a partir de las actuaciones de la entidad demandada de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, y en tal caso, si procede su reconocimiento a través del presente medio.

La Carta Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse.

Esta Corporación ha manifestado en forma reiterada que por regla general la acción de tutela por su naturaleza subsidiaria, resulta improcedente para ordenar el reconocimiento de derechos que en principio deben ser ventilados ante los jueces naturales y en aplicación de los procedimientos establecidos para el efecto.

No obstante, corresponde al juez de tutela determinar en cada caso particular, si el reconocimiento de derechos relacionados con acreencias laborales, como en el presente caso, adquiere relevancia constitucional, caso en el cual la acción de tutela es procedente para proteger el derecho fundamental al mínimo vital en condiciones dignas.

Está probado en el proceso que el actor de tutela estuvo vinculado como soldado regular y posteriormente profesional, desde el 10 de abril de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2012 (Fl. 2).

Sufrió lesiones en combate *“como consecuencia de la acción del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto*

internacional", según quedó sentado en el informativo por lesión, proveniente del Batallón de Infantería No. 10 "Coronel Atanasio Girardot" (Fl. 3).

A folio 4, se observa el Acta de Junta Médico Laboral No. 50181, en la cual se concluyó: "DURANTE COMBATE POR ACTIVACIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO SUFRE HERIDAS POR ESQUIRLAS EN PIERNAS CUELLO Y ROSTRO VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA, CIRUGÍA PLÁSTICA, OFTALMOLOGÍA, PSIQUIATRÍA, QUE DEJA COMO SECUELA: A) DOLOR NEUROPÁTICO CRÓNICO MIEMBROS INFERIORES. B) CICATRIZ QUE AFECTA EL CUERPO CON DEFECTO ESTÉTICO LEVE. 2) TRASTORNO DEPRESIVO LEVE VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE PSIQUIATRÍA EN EL MOMENTO CONTROLADO ASINTOMÁTICO. 3) ASTIGMATISMO LEVE OJO IZQUIERDO VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE OFTALMOLOGÍA QUE DEJA COMO SECUELA: A) AGUDEZA VISUAL 20/25 SIN CORRECCIÓN OI. 4) TRAUMA ACÚSTICO VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE OTORRINO Y AUDIOMETRÍA TONAL SERIADA QUE DEJA COMO SECUELA: A) HIPOACUSIA BILATERAL 40 db".

En dicha acta, se clasificaron las lesiones con incapacidad permanente parcial, no apto para actividad militar, con disminución de la capacidad laboral del 56.34 %, y las lesiones ocurridas por acción directa del enemigo, en combate según IAL No. 052519 de 2011 (Fl. 4 a 6).

Mediante Orden Administrativa de Personal No. 1970 C9 la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional del 30 de septiembre de 2012, retiró del servicio activo, entre otros, al señor Uriel Marino Quiñonez Cabezas, por alta médica laboral (Fl. 7).

A través de la Resolución No. 9004 del 19 de diciembre de 2012, la Secretaría General del Ministerio de Defensa declaró que no había lugar a reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de invalidez a favor del ex soldado profesional del Ejército Nacional Uriel Marino Quiñonez Cabezas, en virtud de que el porcentaje de disminución de capacidad laboral fue del 56.34 %, sin embargo, del mismo, 37 % fue en combate y el restante en enfermedades común y profesional (12,81 % y 6,52 %, respectivamente, en consecuencia no era aplicable el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, que exige el 50% de pérdida de la

capacidad laboral como consecuencia de lesiones acaecidas en combate (Fls. 14 y 15).

El anterior acto fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 0847 del 27 de febrero de 2013, que confirmó la decisión (Fls. 17 y 18).

Si bien es cierto el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la anulación de los actos que denegaron la prestación de invalidez que solicita, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a la luz de la excepciones que plantea la jurisprudencia para que por medio de la acción de tutela se conceda el amparo deprecado en tal evento, en el caso concreto se esgrime que el mecanismo principal no garantiza los derechos del actor acorde con sus circunstancias ya descritas, quien por su condición de discapacidad es sujeto de protección constitucional y merece un trato diferencial positivo.

En efecto, sobre los sujetos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, el análisis de procedencia de la acción se flexibiliza, como lo ha señalado la Corte Constitucional en, entre otras¹, la sentencia T-112 de 2011:

“10. Del mismo modo, el operador judicial debe examinar la situación fáctica que rodea el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente.

Al respecto el Tribunal Constitucional en sentencia T-651 de 2009 expresó: “En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional –especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos². En este sentido, en reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que “en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (...).”

En tal virtud, siendo el actor un sujeto de protección especial en vista de su

¹ Puede consultarse también sobre este tema la sentencia T-1316 de 2001.

² Sobre el particular puede consultarse las sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008 y T-607 de 2007.

incapacidad para desempeñar labores en las fuerzas militares dado que presenta más del 50 % de índice de discapacidad laboral, y en atención al texto constitucional, artículo 13, y a la jurisprudencia trascrita, la acción de tutela es procedente para evaluar de fondo la situación del actor.

La principal razón de la institución castrense para negar el reconocimiento pensional responde a que si bien el total de discapacitado es del 56.34 %, lo componen 37 % acaecido en combate, 12.81 % es enfermedad común y el restante 6.52 % es enfermedad profesional, es decir, las lesiones acaecidas en combate no llegan al porcentaje de más del 50 %, exigido por el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

Las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, como un sistema especial separado del Sistema General, consagraban como porcentaje mínimo para acceder al reconocimiento por invalidez del 75 % (Decreto 094 de 1989). Bajo la perspectiva enunciada, esta Corporación prohijó el criterio tendiente a determinar que dicha normativa consagraba una desigualdad con el Sistema General de Seguridad Social, que exige el 50 % de disminución de la capacidad laboral para acceder a la prestación por invalidez, en tal sentido, inaplicaba la norma especial dando paso al régimen general, en vista de su favorabilidad y garantía de los derechos mínimos laborales³.

En el año 2004 fue emitida la Ley 923 de diciembre 30, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19. literal e) de la Constitución Política.”*, que dispuso en el numeral 5º del artículo 3º lo siguiente:

*“(...) 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, conforme a la 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*

³ Consejo de Estado - Sección Segunda, sentencia de tutela del 6 de agosto de 2009, radicación No: 25000-23-15-000-2009-00778-01, ACTOR: Franque Yadir Pinto Rincón. CP Alfonso Vargas Rincón; asimismo en sede de nulidad y restablecimiento del derecho mediante providencia del 23 de julio de 2009, Radicado No.: 130012331000200300080 01, No. Interno: 1925-2007, Actor: William Tapiero Mejía, CP Gerardo Arenas Monsalve; y sentencia de tutela del tres (3) de febrero de dos mil once (2011), radicado No.: 17001-23-31-000-2010-00438-01, Actor: Gabriel Alejandro Marín González, Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Área de Prestaciones Sociales, CP: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

*menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro. (...)*⁴. (Neguilla fuera de texto).

La ley en cita fue reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004”.

Dicha normativa, señaló en el artículo 30 que procede el recurso 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 (...)

Por su parte, el artículo 32 de dicha normatividad, la posibilidad de percibir una pensión con una incapacidad igualo superior al 50 % e interior al 75 %, siempre y cuando haya sido adquirida en combate, actos meritorios del servicio, por acción directa del enemigo o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del servicio, o en mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, dice expresamente el texto normativo:

"Artículo 32. Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros de! Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igualo superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por

⁴ Esta ley dispone en su artículo 6 que dicha normatividad deberá aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y 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, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro."

A partir del recuento normativo efectuado, existe una contradicción respecto de los límites mínimos para acceder a la pensión de invalidez de personal de las FF.MM, pues mientras la norma general indica que se reconocerá cuando el porcentaje no sea inferior al 50 %, el decreto reglamentario establece que el porcentaje debe ser superior al 75 % por regla general, y cuando sea por lesiones acaecidas en combate y por obra del enemigo, entre otras, debe ser superior o igual al 50 %, disposición última que fue la aplicada por la entidad para negar el derecho reclamado, porque el índice alcanzado era del 56.34 %, del cual sólo el 37 % fue acaecido en combate siendo el restante porcentaje enfermedades general y profesional.

Aun cuando tal distinción no se encuentra claramente establecida en la norma, puesto que la entidad desmembra el porcentaje alcanzado para determinar la procedencia de la prestación por invalidez, es evidente que existe una contradicción de los límites mínimos para el reconocimiento de la pensión de invalidez para los miembros de la Fuerza Pública entre el numeral 5º del artículo 3º de la ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, que de ser zanjada, no generaría distinción efectuada por la entidad.

Así, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ y del Consejo de Estado⁶ han establecido que, en virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse lo dispuesto en la última norma referida, es decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando la disminución de la pérdida de la capacidad laboral no sea inferior al 50%.

Concordante con esta posición, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta

⁵ T-829 de 2005, T-841 de 2006 y T-229 de 2009, entre otras.

⁶ Sentencia de 21 de junio de 2012, expediente No. 2012-00740-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y, de 9 de mayo de 2012. expediente No. 2012-00144-01, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Corporación, mediante Sentencia de 28 de febrero de 2013⁷, declaró nulo el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, con fundamento en los siguientes argumentos:

*“ (...)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.
De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo.
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.(...)”*

Concluyó entonces esta Corporación que, por un exceso en el ejercicio de las competencias reglamentarias conferidas al Gobierno Nacional, al proferir el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, la referida disposición se declaró nula, debiéndose aplicar para estos efectos, entonces, lo dispuesto en la Ley 923 de 2004⁸.

Es cierto que la sentencia previamente aludida, no había sido proferida al momento de resolver la solicitud pensional por parte de la Institución demandada, sin embargo, con sustracción de este pronunciamiento, la situación no cambiarla,

⁷ Notificada por edicto, según el Sistema de la Rama Judicial, el 3 de mayo de 2013.

⁸ La Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación con ponencia de la Consejera de Estado dra. Bertha Lucía Bamírez de Páez (e), en sentencia de tutela del dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013), Expediente No. 25000-23-36-000-2013-00750-01, Actor: Juan Carlos Arrieta Argumedo C/. Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, resolvió un caso de igual naturaleza al presente, donde se aludió igualmente a la sentencia de la Sección Segunda anulatoria de la norma que se indicó.

basta acudir a las disposiciones legales generales que rigen el tema planteado para concluir que el porcentaje del 56.34 % de disminución de capacidad laboral alcanzado por el actor encuadra en las disposiciones de la Ley 923 de 2004 para otorgar el reconocimiento pensional, en aplicación de los principios de favorabilidad laboral y pro homine.

Con base en todo lo expuesto, teniendo en cuenta que el caso del actor expone secuelas para su salud que generaron una significativa disminución de su capacidad para desempeñarse en el Ejército Nacional como soldado profesional, proyecto de vida que eligió, hecho que desencadenó incluso su retiro, se evidencia la afectación a sus derechos a la seguridad social y mínimo vital, máxime cuando, de conformidad con el Acta de la Junta Médico Laboral, el porcentaje establecido en la Ley para su reconocimiento está plenamente satisfecho (56.34%).

En consecuencia, la Sala tutelaré con carácter definitivo los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social, y el mínimo vital del ex Soldado Uriel Marino Quiñónez Cabezas y ordenará a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, Lina María Torres Camargo, que en el término de diez (10) días expida el actor administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez a su favor; asimismo, se ordenará que en adelante cumpla de manera periódica y oportuna con las obligaciones que se generen de tal reconocimiento.

En consecuencia, se revocará la decisión de instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela, y en su lugar se dispondrá lo previamente anotado.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección "B" el 21 de mayo de 2013, que denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se dispone:

CONCÉDESE el amparo de tutela de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y el mínimo vital del señor Uriel Marino Quiñónez Cabezas.

ORDÉNASE a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, Lina María Torres Camargo, o quien haga sus veces, que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, expida un acto administrativo en el que le reconozca la pensión de invalidez a la actora, y **SE LE CONMINA** a que en adelante cumpla de manera periódica y oportuna con las obligaciones que se generen de tal reconocimiento. Al cumplimiento e la orden aludida, la funcionaria deberá enviar informe detallado de las actuaciones adelantadas al Tribunal de Primera Instancia.

Notifíquese esta providencia en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 a las entidades demandadas. Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO