

**PENSION DE INVALIDEZ DE MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL –
Aplicación del régimen general de pensiones. Principio de favorabilidad.
Principio de igualdad**

La aplicación del principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente “vigentes” al momento en que se realice el análisis del caso particular, o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. En aplicación de los anteriores lineamientos jurisprudenciales, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho. En el sub lite resulta evidente que el régimen general que regula la pensión de invalidez es mucho más favorable que el especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional porque el primero sólo exige una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, mientras que el segundo, requiere una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%. Lo anterior en razón a que se trata de una prestación que no depende de otra contenida en el régimen especial y por tanto, es susceptible de un juicio de igualdad para establecer la discriminación dado que se cumplen los siguientes presupuestos: 1. La prestación es autónoma y separable del conjunto de beneficios contenidos al interior del ordenamiento especial, 2. Los requisitos exigidos para su otorgamiento son más rigurosos que los dispuestos en el régimen común, y 3. No está prevista una dádiva que compense el trato diferente.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 38 / LEY 100 DE 1993 –
ARTICULO 39 / DECRETO 1796 DE 2000 – ARTICULO 38 / DECRETO 0094 DE
1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06786-01(1706-12)

Actor: FLAMINIO VELA MORENO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Flaminio Vela Moreno contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio No. 6940 de 24 de abril de 2003, por medio del cual el Jefe del Grupo de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional negó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y reajuste de indemnización.

Como consecuencia de lo anterior solicitó condenar a la entidad demandada a pagar la pensión de invalidez al actor en cuantía superior al setenta y cinco por ciento (75%) del salario que devengaba en la entidad al momento de su retiro, reconocimiento y pago que deberá ser decretado sin solución de continuidad, desde el momento en que resulto discapacitado; reajustar la indemnización por incapacidad Sicofísica determinada en el artículo 117 literal a) del Decreto 1213 de 1990, el reconocimiento en dinero de mil gramos oro a título de indemnización por perjuicios morales y darle cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, practicada su evaluación medico laboral de retiro, se fijó como disminución de la capacidad laboral el 53.98% debido a las lesiones sufridas durante su permanencia en la Policía Nacional, permiten inferir que en realidad dada su discapacidad laboral, el diagnostico emitido por Medicina Laboral de la entidad demandada, es desproporcionado y no se ajusta a su gravedad, las cuales lo mantienen al margen del desempeño de cualquier actividad laboral, dada la magnitud de la enfermedad que padece o las lesiones que presenta sin que haya tenido recuperación alguna y dependiendo siempre para su formulación médica y tratamiento, de sus familiares ante la imposibilidad de obtener ingresos dignos a causa de su discapacidad Sicofísica.

Por lo anterior se solicitó al ente demandado, el reconocimiento y pago de pensión y reajuste de indemnización, previo examen y reevaluación de su actuales condiciones psicosomáticas, como también el tratamiento y suministro de drogas que la gravedad de su estado de salud demanda, petición que fue denegada mediante Oficio 6940.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Artículos 2 y 25 de la Constitución Política; Artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo; Artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo; Artículo 38 del Decreto 1796 de 2000 y Artículo 15, 47, 79, 86, 88 y 90 del Decreto 94 de 1989.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa, se opuso a las pretensiones (fls. 37 a 41), con el siguiente argumento:

El actor no estuvo de acuerdo con el Acta de Junta Médico Laboral de Revisión No. 0955 de fecha 26 de Julio de 2001, razón por la cual mediante Oficio de 6 de septiembre de 2002, solicitó revocatoria a Tribunal Médico Laboral, lo cual efectivamente se hizo y con fecha 17 de mayo de 2002, el Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa, una vez analizado el caso, profirió el Acta de Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía No. 2030.

En la referida acta una vez analizado el caso se estableció lo siguiente:

“II ANTECEDENTES.

Al paciente se le practicó Junta Médico Laboral No. 0955 del 26 de julio de 2001 en la ciudad de Bogotá, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

A. Antecedentes –Lesiones-Afecciones—Secuelas:

1º LUMBALGIA DE ESFUERZO, IMBALANCE MUSCULAR, ESPONDILOLOSIS L5

2º TRANSTORNO POR ESTRÉS POST-TRAUMÁTICO,
DEPRESIÓN MAYOR SECUELAS TCE EPILEPSIA POST-
TRAUMÁTICA

3º AV. VARIABLE POR ESTADO NEURO-PSIQUIÁTRICO

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de la capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO POR JML No.
0729 DEL 08-03-99 Y JML No. 1613 DEL 22-09-99

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: cero punto cero por ciento (0.0%)

TOTAL: CINCUENTA Y TRES PUNTO NOVENTA Y OCHO
PORCIENTO (53.98%)

D. Imputabilidad del servicio

De acuerdo al artículo 24 del decreto 1796/200, le corresponde el
literal

NO LE FIGURA INFORME ADMINISTRATIVO

Fijación de los correspondientes índices.

De acuerdo al Artículo 15 del Decreto 1796/2000, le corresponden
los siguientes índices:

A1. YA FUE VALORADO EN TML No. 1613 del 22-09-99

A2. YA FUE VALORADO EN TML No. 0729 DEL 08-03-99 Y TML
No. 1613 DEL 22-09-09

A3. NO AMERITA

II. SITUACION ACTUAL

El calificado se presenta en compañía de Miriam Ospina con cédula
de ciudadanía No. 21.768.763, manifiesta su inconformidad con la
Junta Médica Laboral, solicita que se le aumenten los índices por

patología de lumbalgia y su problema mental, anexa dos (2) folios en una petición al Secretario General del Ministerio de Defensa.

III. ANALISIS DE LA SITUACIÓN

Se revisa antecedentes, Junta Médico Laboral No. 0955 DEL 26 de Julio de 2001. Los miembros del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Al examen físico se observa: Consciente, orientado, lógico, afecto depresivo. Lumbalgia al parecer de origen psicógeno.

V.DECISIONES.

Teniendo en cuenta lo anterior los miembros del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía por unanimidad deciden RATIFICAR Junta Médica Laboral No. 0955 del 26 de Julio de 2001”

Sostiene que la actuación de la entidad accionada en el presente caso se encuentra ajustada a derecho, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido conforme a las normas y disposiciones que regulan la materia (Decreto 094 del 11 de enero de 1989 Estatuto de la Capacidad Sicofísica de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, igualmente con el Decreto 1796 de 2000 por medio del cual se regula la evaluación de la Capacidad Sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública y sus equivalentes en la Policía Nacional)

La capacidad sicofísica del actor (53.98%) determinada por la Junta Medica Laboral No. 0955 de 26 de julio de 2001 y ratificada por el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 20130 de 17 de mayo de 2002, no genera pensión mensual a favor del demandante, toda vez que la incapacidad del mismo no fue igual o superior al 75%, tal como lo establece el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "E", mediante sentencia de 23 de febrero de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 105 a 138):

Consideró que la norma aplicable al caso del demandante es el Decreto 1796 de 2000 que, en el artículo 38, establece el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuando la incapacidad adquirida en el servicio genere una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

A pesar de lo anterior, y luego de citar apartes de sentencias del Consejo de Estado sobre la aplicación del principio de favorabilidad en casos como el presente, concluyó que es viable la aplicación del precedente más reciente según el cual debe atenderse lo dispuesto en el régimen general de pensiones.

Luego de analizar la situación fáctica del demandante advirtió que en este caso la pérdida de la capacidad laboral dictaminada por las entidades competentes fue del 53.98%, por lo que no es viable acceder a la pretensión en aplicación del régimen especial dispuesto en el Decreto 1796 de 2000 sino que debe aplicarse el principio de favorabilidad para atender lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, dado que el primero impone requisitos más rigurosos que los fijados para la población en general.

Como el Consejo de Estado ha aplicado de manera excepcional al personal de las Fuerzas Militares y de la Policía, el régimen general de pensiones, es del caso aplicar dicho precedente y ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez siempre que el demandante cumpla con todos los requisitos dispuestos en los artículos 38 y 39 de dicha normativa. La prestación será efectiva a partir del 6 de marzo de 2000, fecha del retiro del servicio, en cuantía equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, según la asignación que corresponda al grado de Agente pues fue su último grado alcanzado en la Institución, más el 1.5% de dicha asignación por cada 50 semanas de cotización que excedan las primeras 500 semanas de cotización, de conformidad con el artículo 40 (literal a) ibídem y en virtud del principio de inescindibilidad.

Como la reclamación administrativa del reconocimiento pensional fue presentada por el demandante el 25 de marzo de 2003, se declaran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de marzo de 2000, en los términos

señalados en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, así como lo establece el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

Si en gracia de discusión se llegara a considerar que la invalidez se derivó de una incapacidad de origen profesional, las normas que rigen el tema también fijan una pérdida de la capacidad laboral del 50% para acceder a la pensión de invalidez, es decir, que por cualquier vía el demandante tendría el derecho pensional.

Concluyó que el demandante cumple con los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez y por ello ordenó el pago a partir del 25 de marzo de 2003, en la cuantía ya señalada.

Negó el pago de los perjuicios morales y reparación por el daño causado toda vez que dentro del proceso no se demostró la causación de los mismos.

En cuanto al reajuste de indemnización, preciso que a pesar que el demandante solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá un nuevo dictamen médico, con el cual posiblemente hubiera aumentado el porcentaje de disminución de la capacidad laboral y así obtener el reajuste de la indemnización, por auto de fecha 10 de diciembre de 2010, se dispuso aceptar el desistimiento de dicha prueba por tal razón no es viable el reajuste solicitado.

EL RECURSO

El apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído para que se revoque el fallo y en su lugar se nieguen las pretensiones porque el actor no acreditó los requisitos que exige el régimen especial (fl.140).

El Acto Administrativo demandado, Oficio No. 6940 de 24 de abril de 2003, que negó el reajuste a la indemnización, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al actor, fue proferido conforme a derecho.

De acuerdo con los índices de lesión fijadas por el Área de, Medicina Laboral, en Acta de Junta Médico Laboral de Policía y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía respectivamente, que determinaron una disminución de la capacidad laboral del 53.98%, en consecuencia no hay lugar a que se reconozca

la pensión de invalidez toda vez que la incapacidad no fue igual o superior al 75%, tal como lo establece el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000, mediante el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidad, e indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública.

Conforme a la norma citada, para tener derecho a la pensión de invalidez, se requiere que el porcentaje disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%).

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de la capacidad laboral dictaminada en un 53.98%, estando en servicio activo de la Policía Nacional.

Acto acusado

Oficio No. 6940 de 24 de abril de 2003, por medio del cual el Jefe de Orientación e Información del Grupo Prestaciones Sociales de la Policía Nacional respondió la petición de reconocimiento pensional radicada por el actor el 25 de marzo de ese año, informándole que el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral no alcanzo a beneficiarlo con una pensión de invalidez (fl. 3).

De lo probado en el proceso

A folio 61 del expediente obra copia del Acta No. 0955 de 26 de junio de 2001, por medio de la cual la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional valoró el estado médico laboral del actor la cual concluyó: *“lumbalgia de esfuerzo, imbalance muscular, espondilolisis 1.5 X.X.X.2º Trastorno por stres post-traumático, depresión mayor. Secuelas TCE epilepsia post-traumática X.X.X., 3º. AV variable*

por estado Neuro-psiquiatrico X.X.X" con una disminución de la capacidad laboral del cincuenta y tres punto noventa y ocho por ciento (53.98%), incapacidad permanente parcial, no apto por JML No. 0729 del 080399 y TML 1613 del 220999.

La decisión anterior fue ratificada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a través del Acta No. 2030 de mayo 17 de 2002 (fl. 58), donde se concluyó previa verificación de antecedentes al examen físico se observa: *"consciente, orientado, lógico, afecto depresivo lumbalgia al parecer de origen psicógeno"*

El actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a través de petición que obra a folio 2, el 25 de marzo de 2003. En la misma, solicitó el pago del reajuste de la indemnización de las lesiones sufridas durante su permanencia en esa entidad.

Mediante Resolución No. 00806 de 28 de febrero de 2000 el Director General de la Policía Nacional, dispuso retirar del servicio activo de la Policía Nacional, en forma temporal y por disminución de la capacidad sicofísica, al actor de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 27 numeral 1 literal c) del Decreto 574 de abril 4 de 1995.

Según extracto de la hoja de vida de 29 de septiembre de 2005, expedida por el Coordinador Grupo Archivo General de la Policía Nacional, el señor Vela Moreno Flaminio fue dado de alta como agente alumno el 5 de octubre de 1987 mediante OAP.203-87, retirado encontrándose en el grado de Agente por disminución de la capacidad PSICOFISICA el 6 de marzo de 2000, para un total de 12 años 7 meses y 6 días de servicio (FL.67).

Análisis de la Sala

Normatividad aplicable al Personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes, y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

El Decreto 1796 de 2000, por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, entre otros, establece en el artículo 38 la pensión

de invalidez para Oficiales, Suboficiales, Agentes, y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“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. ¹.”

La calificación de la capacidad laboral de que trata el artículo anterior se rige por las directrices establecidas en el Decreto 0094 de 1989, por medio del cual **“se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de**

¹ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-970-03 de 21 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por haber operado la cosa juzgada material en relación con tales porcentajes de disminución de capacidad laboral de los servidores públicos de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta el pronunciamiento efectuado mediante la Sentencia C-890-99, donde se consideró que no existía vulneración del derecho a la igualdad frente al tratamiento dado en la Ley 100 de 1993.

las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional”, en su artículo 89 dispone:

“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 servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad 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%.

(...)”.

La normativa en cita, aplicable para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes, y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, determinó la clasificación de incapacidades e invalideces y las tablas para la calificación de invalideces teniendo en cuenta los distintos índices de lesión y la edad de la persona.

Lo anterior con el fin de establecer la indemnización en meses de sueldo, según el momento en que ocurrieron los hechos y las circunstancias de los mismos, así como la época en que fue calificada la lesión, de conformidad con los haberes devengados por el afectado con la lesión y la incapacidad, según el concepto que para tal efecto fije Sanidad Militar.

En el caso del actor la valoración de su incapacidad fue realizada en primera instancia por la Junta Médico Laboral que le fijó una pérdida de la capacidad laboral del 53.98% y en segunda instancia el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía que ratificó lo anterior (fls. 58 y 62).

Teniendo en cuenta los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral asignados al demandante podría afirmarse, en principio, como lo indicó la entidad apelante, que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez de que trata el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000 pues la misma no iguala o supera el 75% exigido.

Pese a lo anterior, es del caso determinar si es viable la aplicación del principio de favorabilidad en el sentido de acudir al régimen general dispuesto en la Ley 100 de 1993 para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, tal como lo hizo el A quo.

Régimen general

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 279 consagró a quienes excluye en forma expresa, con el siguiente tenor literal:

“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 aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

...”.

Los artículos 38 y 39 ibidem regulan lo relacionado con el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común con el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”.

La norma transcrita fue modificada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que no es aplicable al caso en estudio porque la invalidez se produjo antes de la entrada en vigencia de dicha normativa.

Principio de Favorabilidad

De la comparación de los dos regímenes resulta evidente que la pensión de invalidez establecida en el régimen especial aplicable a los miembros de la Policía Nacional es menos favorable que la establecida en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993. Sin embargo, esta última no resulta aplicable, en principio, a los miembros de la Fuerza Pública por expresa exclusión del artículo 279 ibídem, que establece lo siguiente:

“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 aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

...”.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, declaró la exequibilidad condicionada de un aparte de la norma en cita **“siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta”**, en razón a lo siguiente:

“(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias².” (negrilla fuera de texto)

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones.”

² Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

Atendiendo la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sentencia de 31 de agosto de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se refirió a la aplicación del principio de favorabilidad en tratándose de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional, en el siguiente sentido:

“4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)³ y 217⁴ de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁵.

(...)

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...” (subraya la Sala).

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la

³ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “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 la Fuerza Pública;”

⁴ El artículo 17 de la CP, consagra: “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”.

⁵ Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”.

Así, la aplicación del principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente “vigentes” al momento en que se realice el análisis del caso particular, o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.

En aplicación de los anteriores lineamientos jurisprudenciales, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho.

Caso concreto

En el sub lite resulta evidente que el régimen general que regula la pensión de invalidez es mucho más favorable que el especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional porque el primero sólo exige una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, mientras que el segundo, requiere una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

Lo anterior en razón a que se trata de una prestación que no depende de otra contenida en el régimen especial y por tanto, es susceptible de un juicio de igualdad para establecer la discriminación dado que se cumplen los siguientes presupuestos:

1. La prestación es autónoma y separable del conjunto de beneficios contenidos al interior del ordenamiento especial, 2. Los requisitos exigidos para su otorgamiento son más rigurosos que los dispuestos en el régimen común, y 3. No está prevista una dádiva que compense el trato diferente⁶.

⁶ Sentencia C-890 de 1999, que declaró exequible el porcentaje de disminución de la capacidad laboral exigido en el régimen especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y, de manera excepcional, admitió el juicio de igualdad en los casos en que se presentan tales presupuestos.

Por lo anterior, se aplicará el principio de favorabilidad para proceder al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del demandante con base en el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 dado que padece una disminución de la capacidad laboral del 53.98%, por lo tanto fue retirado del servicio en forma temporal y por disminución de la capacidad sicofísica.

El monto de la pensión de invalidez deberá calcularse conforme a lo dispone en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:
a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.
b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.
La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.
En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.
La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”.

Como el Tribunal dispuso el reconocimiento conforme a la anterior preceptiva es del caso confirmar el fallo apelado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

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

Confírmase la sentencia de 23 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “E”, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Flaminio Vela Moreno contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN (E)