

PENSION DE INVALIDEZ EN FUERZAS MILITARES - Improcedencia ante accidente sin relación con la prestación del servicio; sumatoria de contribuciones en fuerzas militares y fondo del sector público o privado / COTIZACION EN DOS REGIMENES PENSIONALES - Sumatoria en fuerzas militares y fondos públicos y privados

El ahora actor pidió el reconocimiento de la pensión de invalidez, para ello es importante indicar que el accidente sufrido por él, hecho que sería el fundamento para el reconocimiento de la prestación, ocurrió el 22 de enero de 2001, según se lee del derecho de petición radicado el 13 de agosto de 2007 ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, es decir 10 años después de su retiro del Ejército Nacional. En este sentido se observa que el accidente no guarda relación de causalidad alguna con la prestación del servicio. En cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación, en el caso concreto la norma aplicable es el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 “por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, el cual establece: “ART. 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años (...). Según la disposición transcrita, es claro para la Sala que en el caso del actor, el tiempo de servicios prestados al Ejército Nacional, debe contabilizarse conforme a la norma aplicable y ello compete al juez natural. Sin embargo, es importante precisar que el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, reconoce el tiempo cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma. El literal f del artículo 13 ibidem establece que: “Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”. En el caso de señor NIÑO LIZARAZO, le corresponde a los fondos privados de pensiones o al ISS, que son las entidades encargadas de reconocer las pensiones y prestaciones en la Ley 100 de 1993, tener en cuenta el tiempo cotizado por el actor durante su vinculación en el Ejército Nacional, con el fin de que si cumple los requisitos establecidos por dicha ley pueda acceder a su pensión de jubilación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera Ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 68001-23-15-000-2008-00342-01(AC)

Actor: **NESTOR NIÑO LIZARAZO**

Referencia: Acción de Tutela. Impugnación contra la providencia de 4 de julio de 2008 del Tribunal Administrativo de Santander.

F A L L O

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante contra la providencia de 4 de julio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

El señor NESTOR NIÑO LIZARAZO, en nombre propio, instauró acción de tutela como mecanismo transitorio contra Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna en conexidad con el mínimo vital y la seguridad social.

Indica como hechos relevantes los siguientes:

Estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 16 de enero de 1980 hasta el 1º de mayo de 1991, cuando fue dado de baja, lo que corresponde a once (11) años, cinco (5) meses y once (11) días laborados con dicha institución. Advierte que durante ese tiempo se le descontó el 8% para cotizar en pensión a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es decir que tiene 600 semanas cotizadas.

Sostiene que al solicitar su pensión proporcional de jubilación se acogió a lo estipulado en el artículo 2º de la Ley 860 de 2003 y el inciso 3º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, concordantes con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Informa que la anterior solicitud fue negada por el Ministerio de Defensa Nacional con el argumento de que el artículo 279 de la Ley 100 dispone que la misma no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares.

Considera que la decisión del Ministerio de negar su pensión viola de manera grave sus derechos fundamentales a la dignidad y al mínimo vital, por cuanto la interpretación que se hace a la norma es antijurídica, ya que la que se aplica es de rango inferior desconociendo todo el bloque de constitucionalidad.

Manifiesta que en sus condiciones de grave y severa discapacidad no puede

trabajar con el fin de proporcionarse el sustento vital para salvaguardar su vida y sostener a sus dos hijos menores.

Del escrito de tutela se infiere que el actor solicita el amparo de los derechos invocados y en consecuencia se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de su pensión proporcional de jubilación o en su defecto la de invalidez por accidente.

Una vez avocado el conocimiento por el Tribunal Administrativo de Santander, se ordenó notificar a la entidad accionada.

OPOSICION

La Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, considera que no se le debe dar trámite a la tutela interpuesta por el señor NESTOR NIÑO LIZARAZO, por cuanto el mismo cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, como lo es la vía contencioso administrativa.

Informa que una vez revisado el aplicativo de correspondencia del Ministerio de Defensa Nacional, se encontró que el derecho de petición se le resolvió al actor de manera clara, describiendo las razones de hecho y de derecho por las cuales no es procedente acceder favorablemente a lo solicitado, relacionado con la pensión de invalidez.

Solicita rechazar por improcedente la solicitud del actor al no existir razón fáctica ni jurídica para proceder en contra del Ministerio.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Santander mediante providencia de 4 de julio de 2008 negó el amparo solicitado al advertir que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos que estima vulnerados por la accionada, tales como acudir a la vía contencioso administrativa o a la laboral ordinaria.

Anotó que no se advierte que la tutela resulte viable como mecanismo transitorio en aras de impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues si bien el accionante demuestra haber sufrido un trauma por explosión, tal incapacidad no da respaldo suficiente para que el juez constitucional pueda inferir la vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno y la inminencia de un daño irreparable, más aún cuando la desvinculación del Ejército Nacional se dio en 1991 y la solicitud de reconocimiento de pensión se elevó solo hasta el año 2007.

LA IMPUGNACION

El actor inconforme con la decisión de primera instancia la impugnó e insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela en relación con el derecho al reconocimiento de la pensión solicitada.

Considera que se equivoca el Tribunal, pues en su caso la tutela es viable, toda vez que padece de una gravísima discapacidad consistente en la amputación de los miembros superiores, pérdida total del ojo derecho, visión subnormal por el ojo izquierdo, desfiguración facial, pérdida de la audición por el oído izquierdo, pérdida de la rótula derecha y además se encuentra sometido a un abandono social y estatal y total carencia de recursos económicos, lo que demuestra el perjuicio irremediable.

Manifiesta que por lo anterior acudió a los consultorios jurídicos de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Industrial de Santander en donde lo persuadieron para acudir a la acción de tutela como un mecanismo eficaz e inmediato, por cuanto si acude a una demanda laboral ordinaria o contencioso administrativa, se demoraría mínimo dos años, lo que pondría en riesgo su vida y su equilibrio emocional, así como la integridad física de sus dos menores hijos, quienes no están en capacidad de sostenerse por sí mismos y su madre es vendedora informal.

Considera a diferencia de lo dicho por el a quo, que hay elementos probatorios que permiten inferir la violación de sus derechos por lo que solicita revocar la providencia impugnada y en su lugar se acceda al amparo de los derechos invocados y al reconocimiento de su derecho pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se reglamenta mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción el actor pretende en concreto la protección de los derechos fundamentales a la vida digna en conexidad con el mínimo vital y la seguridad social que considera vulnerados por parte del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto a pesar de haber prestado sus servicios al Ejército Nacional por once (11) años, cinco (5) meses y once (11) días y encontrarse actualmente en un grave estado de discapacidad, la entidad accionada le negó el reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación o la de invalidez. Por tanto, pretende se ordene a dicho Ministerio el reconocimiento y pago de su pensión proporcional de jubilación o en su defecto la de invalidez y se conceda la tutela como mecanismo transitorio por el perjuicio que se encuentra sufriendo.

En primer lugar, respecto a la solicitud del actor, en cuanto a que se ordene el reconocimiento y pago de su pensión, debe la Sala precisar que el derecho a la seguridad social en pensiones es de carácter legal y reglamentario que por sí solo no es susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela, más aún cuando para el trámite de esa pretensión existen otros mecanismos administrativos y judiciales. No obstante, es procedente su reconocimiento por vía tutelar cuando existe un perjuicio irremediable, situación que es alegada por el actor, por lo que corresponde estudiar los elementos que lo configuran y la posible vulneración de los derechos.

Obran en el expediente a folios 20 a 22 la hoja de admisión, el registro de prestación de servicios médicos y la epicrisis del actor, documentos emitidos por el Hospital Universitario Ramón González y que permiten establecer que el señor NIÑO LIZARAZO fue víctima de una explosión en el año 2001 que le causó la

amputación de sus dos manos, traumas en cara, oídos, cuello y otras partes del cuerpo, lo cual demuestra, a diferencia de lo estimado por el a quo, un estado de debilidad manifiesta que pone en peligro su vida e incluso, la de sus dos menores hijos, y determina la vocación de procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para garantizar el derecho a la seguridad social en conexidad con la vida y el mínimo vital.

En consecuencia esta Sala procederá, como se indicó, a estudiar la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor por parte de la entidad accionada, para lo cual deberá enumerar las pruebas relevantes que obran en el expediente:

1. Resolución No. 0357 de 21 de enero de 1992 del Ministerio de Defensa Nacional en la que se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales por el retiro como Sargento Segundo del Ejército Nacional del ahora actor, teniendo en cuenta que el mismo fue dado de alta (ingreso) el 16 de enero de 1980 y de baja (retiro) el 1º de mayo de 1991, así que se consolidaron las cesantías definitivas correspondientes a once (11) años, (5) meses y once (11) días de servicios prestados a la institución, de conformidad con el Decreto 1211 de 1990. (fl.18)
2. Derecho de Petición de 22 de agosto de 2007 elevado por el actor ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por accidente o en su defecto la pensión proporcional de jubilación. (fls.5 a 14)
3. Oficio No. OFI07-68370 de 16 de octubre de 2007 de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional en el cual se le informa al peticionario la improcedencia del reconocimiento pensional por cuanto a los miembros de las Fuerzas Militares no se les aplica la Ley 100 de 1993 y por otra parte, se le indica que no se encontraba vinculado al Ejército Nacional cuando sufrió el accidente. (fl.15)

Anotado lo anterior es importante recordar que las normas que regían al momento de la desvinculación del actor, es decir, las previstas para la carrera militar, eran los Decretos 612 de 1977, 89 de 1984, 84 de 1989 y 1211 de 1990 y que son esas las que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento del pretendido derecho

pensional, pues si bien con la expedición de la Ley 100 de 1993 se adoptó el Sistema Integral de Seguridad Social, el mismo no es aplicable a las Fuerzas Militares, según lo dispone el artículo 279:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.(...) (Subrayado de la Sala)

De la norma trascrita se concluye que en el caso del actor no es procedente la pretensión de aplicar la Ley 100 de 1993 ni las demás normas expedidas con ocasión de la misma, para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional o la de invalidez, pues el período que cotizó fue ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no ante un fondo privado de pensiones o ante el ISS.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a pronunciarse frente a la solicitud de pensión, la cual puede elevarse en cualquier momento ante la entidad competente. Así en primer término, el ahora actor pidió el reconocimiento de la pensión de invalidez, para ello es importante indicar que el accidente sufrido por él, hecho que sería el fundamento para el reconocimiento de la prestación, ocurrió el 22 de enero de 2001, según se lee del derecho de petición radicado el 13 de agosto de 2007 ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional (fl.7), es decir 10 años después de su retiro del Ejército Nacional. En este sentido se observa que el accidente no guarda relación de causalidad alguna con la prestación del servicio, pues se presentó con posterioridad a su desvinculación de la entidad, por lo tanto, no es el Ministerio de Defensa Nacional la entidad que debe pronunciarse sobre el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación, en el caso concreto la norma aplicable es el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 “*por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*”, el cual establece:

“ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que

sean retirados del servicio activo después de quince (15) años (...) tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.(...) (Subrayado de la Sala)

Según la disposición trascrita, es claro para la Sala que en el caso del actor, el tiempo de servicios prestados al Ejército Nacional, debe contabilizarse conforme a la norma aplicable y ello compete al juez natural.

Por lo antes expuesto, encuentra la Sala que a pesar de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta que merece mayor protección del Estado, no se demostró la vulneración de los derechos por parte del Ministerio de Defensa Nacional, quien frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación o de invalidez resolvió negarla teniendo en cuenta las normas aplicables a los miembros de las fuerzas militares para la fecha de retiro del ahora actor.

Finalmente, de los documentos que obran en el expediente no se puede establecer si una vez desvinculado el actor de las Fuerzas Militares, continuó cotizando en un fondo privado para obtener su pensión de jubilación, por tal razón, no le es posible a la Sala pronunciarse sobre cuál es la entidad competente para estudiar el reconocimiento de la prestación.

Sin embargo, es importante precisar que el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, reconoce el tiempo cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma. El literal f del artículo 13 ibidem establece que: *“Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio*

como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio".(Subrayado de la Sala).

En el caso de señor NIÑO LIZARAZO, le corresponde a los fondos privados de pensiones o al ISS, que son las entidades encargadas de reconocer las pensiones y prestaciones en la Ley 100 de 1993, tener en cuenta el tiempo cotizado por el actor durante su vinculación en el Ejército Nacional, con el fin de que si cumple los requisitos establecidos por dicha ley pueda acceder a su pensión de jubilación.

En consecuencia, al no advertir la vulneración de derecho fundamental alguno por parte de la entidad accionada, la Sala confirmará la providencia impugnada mediante la cual se negó la solicitud de tutela, pero por las razones expuestas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

CONFIRMASE la providencia de 4 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, objeto de impugnación, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARIA INES ORTIZ BARBOSA
Presidente de la Sección

LIGIA LOPEZ DIAZ

HECTOR J. ROMERO DIAZ

APODERADO: EN NOMBRE PROPIO

ACCIONANTE: NESTOR NIÑO LIZARAZO

ACCIONADOS: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

DERECHOS INVOCADOS: VIDA DIGNA EN CONEXIDAD CON EL MÍNIMO VITAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

PRIMERA INSTANCIA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

FALLA: CONFIRMA PROVIDENCIA IMPUGNADA