

Sentencia T-530/14

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto se presentan hechos nuevos

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CALIFICACION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por estado de indefensión o debilidad manifiesta aun cuando exista otro medio de defensa judicial

REGIMEN ESPECIAL DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Prestación del servicio de salud está sujeta a los principios de eficiencia y solidaridad

PENSION DE INVALIDEZ EN REGIMEN ESPECIAL DE FUERZAS MILITARES-Regulación/CALIFICACION DE DISMINUCION PSICOFISICA Y PENSION DE INVALIDEZ DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-Régimen jurídico aplicable

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Carácter integral

La calificación por pérdida de la capacidad sicofísica detenta una verdadera función prestacional ius fundamental, puesto que desde una visión constitucional, es un derecho de quienes pertenecen al régimen de la Fuerza Pública, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital. Precisamente, con el fin de hacer efectivas dichas garantías, esta Corporación ha manifestado que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral deben obedecer a unos parámetros mínimos, esto es, que “deben ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, las cuales deben tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud.” Frente al criterio de integralidad del dictamen, en Sentencia C- 425 de 2005, esta Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 776 de 2002. Dicha norma, al contener una prohibición para calificar preexistencias en el sistema general de riesgos profesionales, fue acusada por vulnerar los derechos a la igualdad y a la seguridad social, en tanto dicha restricción, en últimas, solo negaba o

minimizaba la severidad de la pérdida de capacidad laboral integral del trabajador, permitiendo establecer diferencias prestacionales injustificadas entre trabajadores con y sin preexistencias, a pesar de que el resultado de su incapacidad para laboral fuera el mismo.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Decisiones deben ser motivadas y expresar fundamentos de derecho y de hecho que dan origen a los dictámenes emitidos

CALIFICACION DE DISMINUCION PSICOFISICA Y PENSION DE INVALIDEZ DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Derecho para el trabajador que al proceso de calificación se alleguen todas las historias clínicas e informes de los médicos y constituyan una valoración íntegra y objetiva de la patología

CALIFICACION DE DISMINUCION PSICOFISICA Y PENSION DE INVALIDEZ DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-Acumulación de incapacidades producidas bajo vinculaciones distintas -personal uniformado y personal civil

Frente a la posibilidad de obtener una nueva calificación, el Decreto 1836 de 1979, así como el 094 de 1989 y el 1796 de 2000, señalan que las decisiones de la suprema autoridad en materia médico laboral Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y que contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes. Lo anterior, en principio, descartaría nuevas oportunidades de calificación, salvo los exámenes periódicos de revisión en el caso de los pensionados. En efecto, si bien el legislador contempló la posibilidad de una recalificación periódica para quienes al retirarse del servicio obtuvieron una pensión por invalidez, no incorporó el caso contrario, es decir, el de aquellas personas que estando vinculadas al servicio sufrieron algún tipo de pérdida de capacidad laboral pero no obtuvieron el porcentaje mínimo para acceder a dicha pensión al momento de la calificación. En otras palabras, aunque la ley reconoció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral puede modificarse con el tiempo, solo incorporó los eventos en los que la no persistencia de la patología pudiera alterar el derecho a la prestación por invalidez, pero no los relacionados con la evolución negativa de la enfermedad que, si bien en su momento no generó invalidez, su empeoramiento en la actualidad podría ocasionar discapacidad suficiente para obtener la pensión.

NUEVA VALORACION MEDICA DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-Requisitos para

que proceda

La jurisprudencia constitucional ha previsto tres presupuestos para establecer la procedencia de una nueva valoración médica en los casos de no pensionados, los cuales tiene lugar si “(i) [existe] una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) dicha condición [recae] sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) si la misma se [refiere] a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro”. No obstante, debe anticiparse que si lo que justifica una recalificación es la potencialidad de empeoramiento progresivo y eventual de la salud, derivada del mismo hecho producto del cumplimiento de las labores propias del servicio; en muchas oportunidades, esta última relación no se muestra con claridad en sede judicial, entre otras cosas, porque es justamente lo que se pretende demostrar mediante la nueva calificación, cuya competencia está asignada a los órganos respectivos.

DEROGATORIA DE UNA LEY-Efectos

PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-PERSONAL UNIFORMADO Y NO UNIFORMADO-Régimen jurídico aplicable

PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-Requisitos y efectos retroactivos de la ley 923 de 2004

Respecto de la retroactividad de la Ley 923 de 2004, la jurisprudencia de esta Corte inicialmente coincidió con el límite estipulado por el legislador, es decir, para hechos ocurridos solo después del 7 de agosto de 2002. Posteriormente, ha sostenido que, en virtud del principio de favorabilidad, la citada Ley puede aplicarse para hechos anteriores a la vigencia de la misma bajo el entendido de que los efectos de la C-924 de 2005 solo están relacionados con el principio de igualdad mas no con los derechos a la seguridad social o al mínimo vital. Asimismo, para privilegiar la aplicación de dicha Ley, se ha establecido que si la invalidez definitiva se configura en una fecha posterior a la ocurrencia de los hechos la normatividad aplicable es la vigente al momento de la última calificación.

NUEVA VALORACION MÉDICA DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-Orden al Ministerio de Defensa -Armada Nacional- realice proceso de recalificación, de forma actual e integral de la pérdida de capacidad laboral, si cumple con el porcentaje igual o superior al 50%,

reconozca pensión de invalidez, en los términos de la ley 923/04

Referencia: expediente T-4.286.063

Acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Lozano Trujillo contra el Ministerio de Defensa Nacional- Sanidad de la Armada Nacional-.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección B- el 4 de octubre de 2013, y en segunda instancia, por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera- el 30 de enero de 2014, dentro de la acción de tutela promovida por Luis Eduardo Lozano Trujillo contra el Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional-.[1]

I. ANTECEDENTES

El 20 de septiembre de 2013, el señor Luis Eduardo Lozano Trujillo, obrando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso, por negarse a calificar nuevamente su condición psico-física y reconocer la pensión de invalidez.

1.1. Hechos relevantes

a) El 30 de noviembre de 1982 el accionante ingresó a la Armada Nacional para

prestar servicio militar como Infante de Marina.[2]

b) El 30 de marzo de 1984, sufrió un accidente con arma de fuego en el abdomen, mientras se encontraba desarrollando actos del servicio en Puerto Leguísimo, Putumayo.[3]

c) De acuerdo con el Acta de la Junta Médico Laboral de la Armada Nacional del 22 de febrero de 1985, dicha herida le ocasionó severas lesiones de intestinos, vasos y nervios, por lo que los cirujanos tuvieron que suturar su yeyuno y reconstruir un puente aortoiliaco izquierdo de dacrón. Debido a esta cirugía, mediante la cual se reparó la lesión de la arteria iliaca, se generó una importante secuela funcional definitiva, establecida como “esterilidad por lesión nerviosa (...)” y a partir de esta conclusión, se determinó que la disminución de la capacidad laboral del peticionario era del 45%[4] y que se había presentado durante el servicio, por causa y razón del mismo.[5]

e) Posteriormente, por Resolución No. 150 del 1 de mayo de 1986 el peticionario fue retirado del servicio.

f) Mediante Resolución N° 162 del 13 de enero de 1988, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció al accionante la suma de \$373.352 como indemnización por disminución de la capacidad laboral de conformidad con el Decreto 2728 de 1968. Igualmente, señaló que no había lugar a reconocer la pensión de invalidez, dado que el artículo 61 del Decreto 1836 de 1979 exigía una calificación igual o superior al 75% de pérdida de capacidad laboral para el otorgamiento de la misma.

g) El 21 de diciembre de 1992, el señor Lozano Trujillo ingresó nuevamente a la institución en calidad de empleado civil en el Grado Primero Plomero y mediante orden administrativa de Personal No. 595 del 4 de noviembre de 1999 fue retirado del organismo por renuncia regularmente aceptada.[6]

h) En el mes de enero de 2000, el señor Lozano Trujillo presentó acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional-, con el propósito de que fuera amparado su derecho al debido proceso, puesto que consideraba que con la sola convocatoria de la Junta Médica y el Consejo Médico en 1985 no se había surtido el procedimiento en todas sus instancias, y en tal sentido, se debió haber requerido al Tribunal

como último ente decisor. En primera instancia, mediante providencia del 3 de febrero de 2000, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió el amparo. No obstante, en sede de impugnación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó dicha decisión y en providencia del 14 de marzo del mismo año, argumentó que el accionante no había empleado los medios ordinarios de defensa judicial, por lo que la tutela no era procedente. Asimismo, indicó que para el momento de la decisión se estaba surtiendo una nueva valoración médica por la Armada Nacional, por lo que aún tenía la oportunidad de agotar el respectivo trámite y solicitar la convocatoria a Tribunal Médico.[7]

i) En efecto, producido el retiro del actor, el 25 de enero de 2001, se realizó la Junta Médico Laboral contenida en el Acta No. 444, de conformidad con el Decreto 094 de 1989. En la misma, se determinó una pérdida de capacidad laboral del 11.5%, atribuible a una “espondilolistesis Grado I L4-L5, [y] espondilólisis L5 (...)” concretada en una lumbalgia secundaria a espasmo muscular. Sin embargo, no fueron tenidas en cuenta las afecciones y lesiones generadas a raíz del accidente sufrido en 1984, “(...) por no existir modificación en las secuelas durante su [última] vinculación; [y] en consecuencia, (...) [considerarlo] 100% apto para el cargo a desempeñar”[8] Esta decisión, fue ratificada en su totalidad por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 24 de Agosto de 2001.[9]

j) Mediante Resolución No. 00277 del 15 de mayo de 2002, el Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional negó la solicitud presentada por el peticionario con el fin de obtener un nuevo “reconocimiento y pago de prestaciones sociales”, en tanto el Decreto 1214 de 1990 no consagraba indemnización alguna para el personal civil cuando la incapacidad no tenía origen laboral o no se había producido por un accidente de trabajo.

k) El 8 de marzo de 2013, debido a un cáncer de estómago con infiltración de cápsula pancreática e invasión linfovascular y neural,[10] el accionante fue sometido a una gastrectomía, lo que le generó sucesivas incapacidades y un tratamiento por quimioterapia.[11]

l) De conformidad con los resultados de unos exámenes realizados por el Instituto Nacional de Cancerología el 19 de abril de 2013, los médicos reportaron que el peticionario presentaba embolia y trombosis de arteria ilíaca, dado que su puente aorto-iliaco

presentaba oclusión, razón por la que debía realizarse una nueva derivación aorto-iliaca (O análoga).

m) Además de otras solicitudes enviadas por el accionante a la Armada Nacional con el fin de que le fuese reconocida la pensión de invalidez y otras prestaciones,[12] el 5 de junio de 2013, presentó derecho de petición ante la entidad demandada con el propósito de que la misma se encargara de su atención médica, pues en su concepto, “al ser un herido de la patria” merecía tratamiento psicológico y físico a cargo de ésta, a quien prestó sus servicios por muchos años, acabando como una persona con discapacidad. Asimismo, solicitó el reconocimiento de su pensión y una nueva calificación, argumentando que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, los miembros de la fuerza pública pueden optar por una pensión cuando la invalidez sea igual o superior al 50%, hipótesis que en su caso se cumplía debido a que su calificación de un 45% en el año 1985 sumada a la de un 11.5% en 2001 arrojaba un total de 56.5% de pérdida de capacidad laboral. Finalmente, añadió que su nuevo estado de salud, relacionado con el cáncer gástrico, era una secuela más del accidente por arma de fuego sufrido en 1984, por lo que también debía ser valorado. Esta petición fue negada por Sanidad Naval el 7 de junio de 2013, toda vez que “(...) no [era] viable acceder a [la] solicitud de restablecimiento de servicios médicos, evaluación psicofísica por avance de la enfermedad, convocatoria a Junta Médico Laboral en vista que la situación médico laboral del [peticionario] se [encontraba] definida mediante la realización [de las calificaciones que] quedaron en firme.” Asimismo, el 29 del mismo mes, la coordinadora del grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa negó la solicitud por cuanto ya se le había reconocido el pago de una indemnización.[13]

n) De acuerdo con el informe radiológico del 12 de junio de 2013, el petionario experimentó cambios degenerativos de la columna dorsal, encontrándose “Fractura del cuerpo vertebral L5, anterolistesis L5/S1 grado I con lisis bilateral, protusión discal y laceración del anillo fibroso en segmentos y características descritas, [y] posible pinzamiento L5 derecho.”

o) Según la historia clínica, el accionante no se desempeña laboralmente, se dedica a “(...) actividades del hogar, lavado de ropa, aseo de casa, (...); [y] el resto de tiempo mira televisión”, depende enteramente de su familia, ya que “vive con [su] hermana de 52 años, cuñado y 3 sobrinos”, “(...) quienes también están en una situación muy precaria.”[14]

p) En la actualidad el accionante pertenece al régimen subsidiado y se encuentra afiliado por la Secretaría de Salud del departamento del Meta.[15]

1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el peticionario solicitó al juez constitucional ordenar al Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional- la práctica de una nueva valoración médico-laboral teniendo en cuenta sus padecimientos actuales, así como el reconocimiento de su pensión de invalidez.

1.3. Contestación de la accionada

1.3.1. Ministerio de Defensa Nacional- Sanidad de la Armada y Grupo de Prestaciones sociales-.

El 27 de septiembre de 2013, el director de Sanidad solicitó al juez constitucional que la acción de tutela fuera declarada improcedente, como quiera que no se cumplía con el presupuesto de inmediatez, puesto que desde la expedición de los actos que habían definido la situación jurídica del peticionario a la fecha, habían transcurrido más de diez años.

En el mismo sentido, se pronunció la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, destacando la ausencia de inmediatez de la demanda de tutela, así como la falta de subsidiariedad, dado que el peticionario nunca se empeñó en controvertir las decisiones de la accionada ante la justicia contencioso administrativa.

1.4. Decisiones objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 4 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección segunda, subsección B- resolvió amparar los derechos del accionante y ordenar a la entidad demandada la convocatoria de una Junta Médico Laboral para una nueva calificación que incorporara todos los padecimientos del señor Lozano Trujillo, tanto los generados por el accidente del año 1984, como los actuales.

Para justificar su decisión, el Tribunal argumentó que en sentencias como la T-493 de 2004,[16] T-696,[17] T-518[18] y T- 839 de 2011[19], la jurisprudencia constitucional había fijado los criterios para la procedencia de una revaloración por pérdida de capacidad laboral, presupuestos que en esta oportunidad cumplía el actor.

1.4.2. Impugnación

En la oportunidad procesal, la demandada radicó un informe sobre el cumplimiento del fallo de primera instancia, indicando que el accionante estaba siendo valorado por Sanidad Militar con el propósito de enviar su historia clínica actual y completa a la Junta de Calificación. Asimismo, la entidad presentó impugnación contra la decisión del Tribunal, desarrollando nuevamente las razones consignadas en la respuesta a la acción de tutela.[20]

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 30 de enero de 2014, la decisión de primera instancia fue revocada con fundamento en que, si bien el accionante presentaba una nueva patología (cáncer de estómago), ella no se trataba de una secuela producida por las enfermedades adquiridas en el servicio, motivo por el que no se cumplían en su totalidad los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para ordenar la recalificación.

2. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

2.1. Documentos e información allegada

2.1.1. Mediante oficios registrados por la Secretaria de esta Corporación los días 21 de abril y 4 de julio de 2014, fueron enviados por el accionante, un escrito y diversos documentos relacionados con su situación de salud actual.

2.1.2. Como consecuencia del fallo de primera instancia, el peticionario fue atendido temporalmente por el subsistema de salud de las fuerzas militares a través de Sanidad Naval. En este periodo, se confirmó su diagnóstico de enfermedad degenerativa de columna dorsolumbar, de cáncer gástrico y se halló metástasis ósea de éste último en la columna lumbar.[21] Asimismo, el señor Lozano Trujillo indicó que el cáncer que padece es

consecuencia de la obstrucción intestinal que se produjo a causa de las suturas del yeyuno, y que de conformidad con los exámenes diagnósticos realizados por cirugía vascular, el injerto aortoiliaco se encuentra “ocluido, (...) sin flujo, [y] con severa repercusión distal” generándole “enfermedad coronaria” y “una trombosis venosa profunda antigua”. [22] Por último, afirmó que la esterilidad lo ha afectado “(...) física, psicológica, emocionalmente (sic) en todo sentido por el hecho de no poder engendrar un hijo”, dado que nunca fue “(...) tratado ni psicológicamente, ni física, ni emocional (...)” [23] En razón de lo anterior, consideró que ninguna de estas secuelas ha sido valorada ni se les ha dado el tratamiento adecuado.

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. En el asunto sometido a Revisión, el señor Luis Eduardo Lozano Trujillo presentó acción de tutela contra la Armada Nacional- Ministerio de Defensa-, al considerar que la negativa de la demandada a calificar nuevamente su condición psico-física y a reconocerle la pensión de invalidez, vulneraba sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso.

Señaló que estuvo vinculado como infante de marina a partir de 1982 y que el 30 de marzo de 1984, estando en servicio activo, sufrió un accidente por arma de fuego que le generó severas lesiones en el nervio iliaco izquierdo, el cual tuvo que ser reconstruido mediante un injerto aortoiliaco. Este episodio le ocasionó una esterilidad por lesión nerviosa con eyaculación retrógrada como secuela definitiva y parcial, la cual fue calificada con un 45% de pérdida de capacidad laboral con base en el Decreto 1836 de 1976, mediante Acta del 22 de febrero de 1985 confirmada el 26 de diciembre del mismo año. Por este motivo fue

retirado del servicio y le fue reconocida una indemnización de conformidad con el Decreto 2728 de 1968.

Posteriormente, el peticionario se volvió a vincular a la Armada Nacional en calidad de civil grado primero plomero, y como consecuencia de su renuncia aceptada, fue desvinculado del cargo mediante orden administrativa del 4 de noviembre de 1999. Debido a los resultados de su examen de retiro, fue calificado nuevamente por la Junta Médico Laboral, la cual determinó un 11,5% de pérdida de capacidad laboral, de conformidad con el Decreto 094 de 1989, atribuible a una “espondilolistesis Grado I L4-L5, [y] espondilólisis L5 (...)” concretada en una lumbalgia secundaria a espasmo muscular, y aclaró que ante la falta de modificación de las secuelas generadas por el accidente de 1984, ninguna lesión relacionada con el mismo se tendría en cuenta. Este dictamen fue confirmado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 24 de Agosto de 2001.

Ambos dictámenes adquirieron firmeza, como quiera que el peticionario no hizo uso de los recursos ordinarios pertinentes ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, frente a la aparición de recientes padecimientos- cáncer de estómago con metástasis en la columna, oclusión del injerto aortoiliaco y el empeoramiento de la patología lumbar-, el accionante considera que debe ser valorado nuevamente y que los dos porcentajes de pérdida de capacidad laboral de cada dictamen deben ser incorporados en uno solo. Lo anterior, a su juicio, con el fin de que el total porcentual pueda superar el 50% y le sea concedida la pensión de invalidez, de acuerdo con la Ley 923 de 2004.

2.2. En consideración a los antecedentes reseñados, corresponde a la Sala determinar si las entidades encargadas de valorar la pérdida de capacidad laboral en el Sistema de las Fuerzas Militares vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona que estuvo vinculada con la Armada Nacional en dos oportunidades, siendo calificada una primera vez en calidad de soldado (1985) y otra como personal civil plomero (2001), al (i) haber negado su recalificación integral en tanto los dictámenes por pérdida de capacidad laboral son irrevocables según los Decretos 1836 de 1979 y 094 de 1989, a pesar de que actualmente dicha persona padece múltiples enfermedades que al parecer han surgido como consecuencia de lesiones sufridas durante su vinculación laboral con la Armada y (ii) no incorporar al segundo dictamen del extrabajador el primer porcentaje por pérdida de capacidad laboral con el que fue calificado, puesto que las

secuelas valoradas en 1985 no sufrieron modificación alguna y no constituían incapacidad para desempeñarse laboralmente en la nueva actividad no militar.

Finalmente, la Sala deberá determinar (iii) si los derechos del accionante fueron vulnerados al negársele la pensión de invalidez por la Armada Nacional, con base en que no lograba obtener el porcentaje mínimo de discapacidad requerido de conformidad con el régimen jurídico aplicable al personal militar y policial.

2.3. Con el propósito de responder a los problemas jurídicos, esta Sala de Revisión se pronunciará sobre (i) el carácter integral de la calificación por pérdida de la capacidad laboral; (ii) la posibilidad de obtener la recalificación en el régimen de la Fuerza Pública; y finalmente (iii) el régimen jurídico de la pensión de invalidez aplicable para los miembros de la Fuerza armadas y de la Policía Nacional.

2.3. Previo al análisis de fondo, la Sala estudiará tres asuntos relevantes en relación con la procedencia, de acuerdo a las especificidades del caso: (i) la eventual configuración de la cosa juzgada constitucional; (ii) el juicio de inmediatez; y (iii) el cumplimiento del presupuesto de subsidiariedad.

3. Asuntos previos. Procedencia de la acción de tutela

3.1. No se configura cosa juzgada por la duplicidad de acciones presentadas.

Con el fin de respetar las decisiones de cada proceso y el principio de seguridad jurídica, la cosa juzgada ha sido edificada como una institución procesal que pretende evitar la emisión de un nuevo pronunciamiento judicial sobre un asunto ya decidido. La calificación de tal efecto impeditivo, en términos generales, se origina por la identidad de partes, causa petendi y objeto.

Con respecto a tales identidades procesales en materia de tutela, desarrolladas principalmente en la sentencia de unificación SU- 713 de 2006,[24] esta Corporación sostuvo:

“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela

se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // [y] (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental(...).”.

Ahora bien, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, la Sala analizará si en el caso sometido a Revisión existe cosa juzgada constitucional y para el efecto, verificará si existen las identidades procesales descritas.

Respecto de la identidad de partes, se observa que tanto la acción de tutela presentada en enero de 2000 como la que ahora se estudia fueron dirigidas contra el Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional-, razón por la que en este punto no existe diferencia.

Sobre la identidad de causa petendi y objeto, sin embargo, no puede llegarse a la misma conclusión. Por un lado, se advierte que en los hechos que le sirvieron de causa a la acción presentada en el año 2000, no se encontraban elementos fácticos como la segunda calificación del año 2001, de acuerdo con la cual el peticionario ahora solicita la suma de los porcentajes; ni tampoco la petición elevada por el accionante en el año 2013 con la que, a partir de la aparición de los últimos padecimientos, pretende lograr que las entidades demandadas lo califiquen nuevamente. Ahora, frente al objeto o pretensión de cada una de las acciones, se observa que en el año 2000 el peticionario presentó la demanda de tutela con el fin de que su derecho al debido proceso fuera amparado puesto que en relación con la calificación de 1985 no se había convocado al Tribunal Médico Laboral y por lo tanto, no se habían surtido todas las instancias respectivas. En cambio, la acción que ahora se estudia en sede de revisión fue presentada por el demandante con el fin de obtener una recalificación justificada en los nuevos quebrantos de salud que padece y atribuye a su servicio con la Armada Nacional, así como la incorporación y suma de ambos porcentajes en el nuevo dictamen.

3.2. La presentación de la demanda de tutela satisface el requisito de inmediatez de acuerdo con el último proceder de la demandada al cual se le atribuye la presunta

vulneración.

Sobre este asunto preliminar, la Sala debe responder si el accionante desconoció el requisito de inmediatez en la interposición de la acción, habiendo transcurrido un plazo notable entre los sucesos que la demandada señala como presunto origen de la vulneración, que en principio serían los dictámenes de pérdida de capacidad psicofísica de 1985 y 2001, y la radicación de la tutela; sin dejar de considerar que los recientes padecimientos del peticionario, que al parecer son consecuencia de lesiones sufridas durante su vinculación laboral con la Armada, fueron el motivo para presentar una nueva petición de recalificación y reconocimiento de pensión de invalidez, las cuales fueron negadas el 29 de junio de 2013.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, con el denominado requisito de inmediatez se hace referencia a la carga que tienen los accionantes de interponer la tutela dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia.[25]

Según la jurisprudencia constitucional, a partir de una interpretación del artículo 86 de la Constitución Política[26], la acción de tutela puede ser interpuesta “en todo momento”, y está libre de mandatos que involucren un término de caducidad. De allí que la ausencia de este plazo implique que el juez no pueda simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo.

Sin embargo, la ausencia de un término de caducidad no significa que la acción no deba interponerse en un plazo razonable desde la amenaza o vulneración[27], pues de acuerdo con la misma disposición constitucional, es un mecanismo para reclamar “la protección inmediata” de garantías fundamentales.

Precisamente, la finalidad de la tutela como vía judicial de protección expedita de derechos fundamentales, demanda del juez constitucional la verificación del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo, pues un lapso irrazonable puede llegar a revelar que la protección que se reclama no se requiere con prontitud, y por tal virtud, alterar el carácter preferente y sumario por el que está revestida la acción.

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, si bien la petición de recalificación y reconocimiento de la pensión de invalidez elevada el 5 de junio de 2013 por el actor tiene una relación directa con los dictámenes realizados décadas atrás, lo cierto es que la conducta que ahora se cuestiona es precisamente la negativa de la entidad a dicha petición, que está mediada por circunstancias nuevas y que, a juicio del actor, constituyen razones válidas y sobrevinientes para que su pérdida de capacidad laboral sea estudiada una vez más y la pensión de invalidez reconocida. En efecto, la Sala advierte que la pretensión del actor no es cuestionar en sí mismos los dictámenes porque adolezcan de algún vicio o defecto; en realidad, lo que se observa es que su interés por ser calificado se debe al empeoramiento de su estado de salud como consecuencia remota de las lesiones sufridas mientras laboró en la Armada. En ese orden, este cambio de circunstancias engendra una configuración diferente del conflicto y un momento de origen nuevo del mismo, esto es, el 29 de junio de 2013, día en que el Ministerio de Defensa Nacional negó la petición del actor en el anterior sentido.

Así las cosas, si la presunta vulneración se atribuye a la respuesta del 29 de junio de 2013 y la acción de tutela fue presentada el 20 de septiembre del mismo año, la Sala encuentra que entre ambos momentos existe un término proporcionado y razonable, por cuanto dichos meses de diferencia representan un periodo de diligencia promedio para acudir a la justicia constitucional, considerando que el peticionario ha de aprovisionarse probatoria y jurídicamente, y más, si se trata de una persona que se encuentra en una difícil situación de salud.

3.3. La acción cumple con el presupuesto de subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia administrativa.

3.3.1. Como se advirtió, si bien las demandadas han señalado que lo que pretende el actor es cuestionar los dictámenes, la Sala reitera que, más que lo anterior, su pretensión está mediada por circunstancias recientes, las cuales en el año 2013 lo llevaron a presentar un derecho de petición en busca de su recalificación integral, con el fin último de optar por la pensión por invalidez. Dicha solicitud fue negada por el Ministerio de Defensa Nacional el 29 de junio de 2013, siendo esta respuesta la última actuación a la cual se atribuye la presunta vulneración. En efecto, dicha respuesta constituye un acto que puede ser cuestionado vía administrativa e igualmente demandado ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo.

Aclarado lo anterior, se tiene que el juicio de subsidiariedad debe realizarse respecto de estos últimos actos, como quiera que son los que generan la presunta vulneración, en tanto se refieren a la respuesta negativa del mismo conflicto que el peticionario plantea en sede de tutela.

3.3.2. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede predicarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.[28]

3.3.3. Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela respecto de actos administrativos relacionados con asuntos prestacionales, este Tribunal ha manifestado que dichos conflictos deben ser resueltos, en principio, por la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que el legislador ha previsto las vías correspondientes para ello.[29]

Sin embargo, en casos excepcionales, también se ha aclarado que el reconocimiento y pago de este tipo de prestaciones puede concederse mediante amparo constitucional, si, como fue descrito, los mecanismos judiciales ordinarios son ineficaces, inexistentes o se configura un perjuicio irremediable[30].

Adicionalmente, la Corte ha señalado que la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de dichas prestaciones pensionales opera siempre que se afecte de manera clara y evidente un derecho fundamental y la vía ordinaria no tenga la potencialidad de asegurar el goce de la garantía presuntamente conculcada. Y del mismo modo, ha reseñado algunos criterios que permitirían al juez de tutela analizar las circunstancias de mayor o menor afectación en cada caso; así por ejemplo; “(i) la edad y el estado de salud del demandante; (ii) el número de personas a su cargo; (iii) su situación económica y la existencia de otros medios de subsistencia; (iv) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se sustenta la presunta afectación al derecho fundamental; (v) el agotamiento de los recursos administrativos disponibles; entre otros”. [31]

3.3.4. En efecto, para el análisis del caso concreto, el artículo 104 del Código Contencioso Administrativo,[32] otorga a dicha jurisdicción el conocimiento de las controversias que se originen en actos sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas. Precisamente, el artículo 138 ibídem, contempla la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir tales actos.[33]

3.3.5. En tal sentido, la controversia surgida con motivo de la negativa a efectuar la recalificación y reconocer la pensión de invalidez por parte de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, es un asunto originado en un acto de carácter administrativo, por lo que, en principio, el señor Lozano Trujillo tendría a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el marco de competencia anotado. Sin embargo, se observa que dicha acción ha debido presentarse dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto, actuación que no fue adelantada por el peticionario, por lo que su oportunidad para acudir a la jurisdicción correspondiente debió haber caducado tiempo atrás a la fecha de esta providencia.

3.3.6. No obstante, la Sala observa que posterior a su operación de cáncer gástrico el accionante estuvo incapacitado hasta el 23 de junio de 2013, a lo que se sumaron numerosas pruebas radiológicas que le fueron practicadas ese mes, su internación en el Instituto Nacional de Cancerología en septiembre debido a una crisis de movilidad y diversos controles a los que estuvo sometido en dicha institución en los meses de agosto y

diciembre del mismo año.[34] En este sentido, es posible advertir que debido a su estado, el peticionario se encontraba en difíciles condiciones de salud no solo para presentar los recursos administrativos pertinentes[35] sino para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que, para la Sala, resulta comprensible la razón por la que el demandante no logró actuar judicialmente y en ese orden, por qué la acción de tutela no puede desestimarse de plano por la falta de empleo de las vías ordinarias.

Con todo, si en gracia de discusión se aceptara que la acción aún está en término para ser presentada, tampoco podría afirmarse que se trata del mecanismo eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable de los derechos fundamentales invocados, puesto que la apremiante situación no solo económica sino de salud por la que ahora atraviesa el actor y que se ha agravado con motivo de la metástasis del cáncer en su columna, la oclusión del injerto aortoiliaco y la enfermedad degenerativa dorsolumbar, no le permitirían al peticionario acudir en condiciones de normal espera a la jurisdicción ordinaria.

3.3.7. Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado, si se piensa que aún no ha caducado, tendría la aptitud para proteger los derechos alegados y podría asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no sería lo suficientemente expedita frente a la situación particular del accionante que, debido a su condición económica y a su estado de salud, demanda una respuesta inmediata del aparato judicial.

4. El carácter integral de la calificación por pérdida de la capacidad laboral. Concepto global y material de invalidez en el régimen de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

4.1. La seguridad social, consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, ha sido singularizada por la misma Carta y entendida por esta Corporación bajo una doble configuración jurídica, como derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional, y como servicio público de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que debe prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y

con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En atención a aquél mandato constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.” [36]

4.2. Con el propósito de materializar ese conjunto de medidas a cargo del Estado, en ejercicio de la competencia atribuida por el mismo constituyente al legislador,[37] el Congreso ha organizado no solo el Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, sino otros Subsistemas y regímenes especiales, con participación del gobierno nacional,[38] para responder al mismo objetivo de atender eficiente y oportunamente las contingencias a que puedan estar expuestos ciertos grupos de personas por una eventual afectación de su estado de salud -física o mental- o de su capacidad económica.

Ejemplo de ello es el régimen que cubre a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, que por expresa exclusión constitucional y legislativa,[39] no se les aplica lo dispuesto en el Sistema Integral de Seguridad Social, como quiera que su particular organización logística y su misión constitucional demandan del Estado una regulación especial.

4.3. Empero, que los miembros de las Fuerzas Armadas hagan parte de un régimen especial no significa que los postulados constitucionales que informan el derecho a la seguridad social como irrenunciable y universal les sean ajenos, o que la prestación del servicio no esté sujeta a los principios de eficiencia y solidaridad. De hecho, tal como se desprende de su texto, el artículo 48 Superior antes de anunciar alguna diferenciación, sujetó aquél derecho fundamental a principios de categoría constitucional, aplicables tanto al régimen general como a los especiales, en este caso al de las fuerzas armadas.

De este modo, tampoco resulta ajeno al régimen de las fuerzas militares y de la Policía Nacional la intención del constituyente de garantizar la seguridad social como una forma de salvaguardar la dignidad humana y la integridad física o moral contra toda clase de

adversidades que quebranten el desenvolvimiento regular de la vida individual, familiar y laboral. Inclusive, por los mismos deberes constitucionalmente encomendados a los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, dicho propósito cobra una mayor importancia y justifica una protección especial frente a las calamidades que, por causa de la vejez, las cargas familiares o una enfermedad, generen desventajas para quienes trabajan en la defensa de la soberanía, la integridad territorial y el orden público.

Adicionalmente, la institución de dicha tarea encuentra soporte en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que le imponen al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se hallan en situación de manifiesta vulnerabilidad, con miras a realizar el postulado de justicia distributiva y el principio de igualdad material como agente de garantía general y particular, en orden a hacer efectivos los derechos fundamentales de los asociados.[40]

4.4. En materia de seguridad social en salud para las fuerzas armadas, dichas pautas constitucionales han sido desarrolladas principalmente por la Ley 352 de 1997,[41] el Decreto 1795 de 2000[42] y el Decreto 002 de 2001.[43] Y en relación con el asunto prestacional por los riesgos de vejez, invalidez o muerte, existe abundante normatividad, especialmente en lo que tiene que ver con el segundo aspecto, dado que este régimen especial ha dispuesto diversos beneficios como la pensión de invalidez y el reconocimiento de incapacidades e indemnizaciones, de conformidad con la calificación por pérdida de la capacidad psicofísica de sus miembros.

4.5. De acuerdo con lo establecido en los Decretos 1836 de 1979, 094 de 1989 y 1796 de 2000, por medio de los cuales se ha regulado la evaluación de la capacidad sicofísica para el personal de la Fuerza Pública así como su disminución, la determinación tanto del origen como del porcentaje de pérdida de dicha capacidad constituye uno de los presupuestos más importantes para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de determinadas prestaciones, sean éstas de naturaleza asistencial o económica.[44]

En otras palabras, la calificación por pérdida de la capacidad sicofísica detenta una verdadera función prestacional ius fundamental, puesto que desde una visión constitucional, es un derecho de quienes pertenecen al régimen de la Fuerza Pública, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al

convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital.

Precisamente, con el fin de hacer efectivas dichas garantías, esta Corporación ha manifestado que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral deben obedecer a unos parámetros mínimos, esto es, que “deben ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, las cuales deben tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud.”[45] (resaltado fuera del original)

4.6. Frente al criterio de integralidad del dictamen, en Sentencia C- 425 de 2005,[46] esta Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 776 de 2002.[47] Dicha norma, al contener una prohibición para calificar preexistencias en el sistema general de riesgos profesionales, fue acusada por vulnerar los derechos a la igualdad y a la seguridad social, en tanto dicha restricción, en últimas, solo negaba o minimizaba la severidad de la pérdida de capacidad laboral integral del trabajador, permitiendo establecer diferencias prestacionales injustificadas entre trabajadores con y sin preexistencias, a pesar de que el resultado de su incapacidad para laboral fuera el mismo.

A juicio de la Corte, no tener en cuenta las patologías anteriores al último padecimiento como factor de calificación de la incapacidad sí era violatorio de la Constitución puesto que dicha prohibición desconocía la realidad física del trabajador a proteger, que materialmente era inválido, pero formalmente, a raíz de la disposición demandada, no lo estaba. Esta situación, expuso la Sala en aquella ocasión, aceptaba la existencia al interior del sistema de un individuo que podía estar materialmente inválido y al mismo tiempo sin la protección adecuada a su incapacidad, que no era otra que la pensión de invalidez. Así, la norma demandada fue declarada inexecutable, puesto que con ella se desconocía el principio de primacía de realidad sobre las formas y el carácter de invalidez como un concepto esencialmente global e integral.

4.7. En otras oportunidades, esta Corporación también analizó casos relacionados con el deber que tienen las entidades calificadoras de expedir dictámenes motivados y sustentados en las pruebas y elementos científicos que brinden el diagnóstico más

completo posible del paciente.

Por ejemplo, en la sentencia T- 798 de 2011,[48] se estudió el caso de un Subintendente de la Policía Nacional a quien la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral de Revisión de la misma entidad le determinaron un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 23% por un fractura de pie, sin tener en cuenta un dictamen anterior expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander que lo había fijado en 74.95%, debido a una patología demencial, originada en un trauma craneo encefálico sufrido meses atrás y por la que ya existía una sentencia de interdicción. En esta oportunidad, la Corte consideró que las entidades calificadoras del régimen de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, a efectos de determinar el porcentaje de invalidez del accionante, debieron haber tenido en cuenta la existencia de la otra patología, estudiada tanto en el dictamen emitido por la Junta Regional como en el proceso por interdicción, que finalmente declaró esta última. Lo anterior, “por cuanto estos elementos daban cuenta de la capacidad laboral del [peticionario] y, en ese sentido, son pruebas conducentes y pertinentes para hacer un análisis completo al respecto.” Por esta razón, ordenó a la Junta Médica Laboral de la Policía Nacional emitir un nuevo dictamen que tuviera en cuenta la calificación de la Junta Regional, la sentencia judicial y todos los demás exámenes que permitieran lograr una calificación integral del paciente.

En otra ocasión, por sentencia T- 436 de 2005,[49] esta Corporación estudió el caso de un hombre que presentó acción de tutela para que sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital fueran protegidos, puesto que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez revocó el dictamen proferido por la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Magdalena-, en el sentido de disminuir del 71% al 30% el porcentaje de su incapacidad laboral, considerando para la última calificación tan solo una de las tres enfermedades que padecía el petionario, dando lugar, a su vez, a que la pensión de invalidez de la que disfrutaba fuera extinguida por la UGPPC[50]. Para la solución del caso, se destacó que las Juntas de Calificación debían observar reglas básicas en su actuación, tales como efectuar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se revisaba, lo que permitiría justificar suficientemente la decisión consignada en el dictamen y en ese sentido, respetar el derecho fundamental al debido proceso del calificado. Sin embargo, la Sala observó que en dicho caso al proferir el dictamen, la Junta no había valorado en su integridad el estado de salud del petionario sino tan solo una de las patologías cuya

calificación ascendía exclusivamente a un 30%, razón por la que había incumplido con su obligación emitir decisiones claras, expresas y completas respecto de la calificación porcentual de pérdida de capacidad laboral.

4.8. Dicho criterio, relacionado con el deber de los organismos calificadores de incorporar en su análisis todos los elementos que den cuenta de la capacidad integral laboral del calificado, también ha sido incluido en la normatividad que, desde 1979, ha regulado el tema de la evaluación de la capacidad sicofísica para el personal de la Fuerza Pública.

En este sentido, sobre los fundamentos fácticos de aquella calificación, el Decreto 1836 de 1979, estableció en su artículo 20 que los organismos Médico-laborales, Militares o de Policía, encargados de definir las incapacidades y fijar los porcentajes de las mismas deben utilizar todos los documentos allegados al respectivo expediente para determinar en qué circunstancias fueron adquiridas las lesiones o afecciones. Por su parte, el artículo 20 del Decreto 094 de 1989, señaló que las Juntas Médico-Científicas debían fundamentarse en la ficha de aptitud sicofísica e historia médico-personal, a fin de considerar todas las entidades nosológicas del paciente al momento del examen y definir su situación en la forma más completa posible. En similar sentido, el artículo 21 del mismo Decreto, indicó que las Juntas Médico-Laborales debían formarse un criterio a partir de la ficha de aptitud sicofísica, el examen clínico general correctamente ejecutado, los antecedentes remotos o próximos diagnósticos, evolución o tratamiento y pronóstico de las lesiones o afecciones basados en conceptos escritos de especialistas.

Más recientemente, el Decreto 1796 de 2000, señaló que la Junta Médico-Laboral, al momento de efectuar la calificación, debe considerar la ficha médica de aptitud psicofísica; el concepto médico que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado; el expediente médico - laboral que reposa en la respectiva Dirección de Sanidad; los exámenes paraclínicos adicionales que se consideren necesarios y el informe administrativo por lesiones personales.

4.9. En tal sentido, se observa que constituye un derecho para el paciente que en el proceso de calificación se tengan en cuenta todas las historias clínicas e informes de los médicos y

especialistas que lo hubiesen diagnosticado, tratado y pronosticado; que las mismas se encuentren actualizadas para el momento de la calificación y constituyan una valoración íntegra y objetiva de su patología.[51]

Y en efecto, no podría ser de otra manera, puesto que permitir una calificación fraccionada de la capacidad laboral, entendida ésta como “(...) el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual” a una persona, conduciría a la inexistencia del concepto de invalidez, dado que ésta es una valoración integral de dicho conjunto, y no de las fracciones del mismo; de lo contrario, si se entendiera como lo último, no solo se desconocería el fundamento mismo de la calificación como el resultado de una pérdida global y considerable de facultades para el desempeño laboral, sino que se admitiría una falta de protección, en tanto se aceptaría a una persona que aun siendo materialmente inválida, el sistema no la reconoce formalmente como tal, a pesar de que tiene todas la cualidades para ello y para recibir, en consecuencia, la pensión por tal contingencia.

4.10. Ahora, lo dicho, no significa que todo dictamen por pérdida de capacidad laboral que haya sido emitido por una de las entidades calificadoras en uno de los regímenes, por ejemplo el contemplado por el Sistema General de Seguridad Social, conserve sus características de cara a otro régimen, en este caso, el de la Fuerza Pública. Lo anterior, debido a que si ha de valorarse a una persona con base en los parámetros de un régimen diferente del que fue calificada con anterioridad, el cambio en la actividad laboral y otros factores hace ostensible la diferencia entre los grupos sociales cubiertos y por esa razón el método para asignar los porcentajes de pérdida de capacidad laboral, motivo por el que dictamen puede modificarse sustancialmente. En otras palabras, la falta de correspondencia matemática entre los porcentajes utilizados por cada régimen, no permite que la misma lesión pueda calificarse con igual porcentaje en uno y otro, o que dos calificaciones hechas bajo regímenes diferentes puedan acumularse como si se tratara de un mismo sistema de cálculo.

4.11. Esta situación, es explicada con meridiana claridad en el sentencia C-890 de 1999,[52] en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 66 (parcial) del Decreto 1029 de 1994, y los artículos 89, 90 y 91 (parciales) del Decreto 094 de 1989, por cargos de igualdad: “En el sistema prestacional de las fuerzas militares [Decreto 094 de

1989], la pérdida anatómica de miembro superior derecho en un persona diestra de 20 años de edad, arroja 20 índices de incapacidad, dando lugar, una vez confrontadas las respectivas tablas, a una incapacidad del 100%. A este tipo de lesión corresponde una indemnización acorde con el grado que el militar detenta, y el derecho a una pensión de invalidez equivalente al 100% del sueldo o de las partidas respectivas, según lo establecido en los diferentes estatutos especiales.

En el régimen de la Ley 100, la misma lesión en la misma persona, acaecida ésta como consecuencia de un riesgo común o profesional, debe someterse a la evaluación médica de la junta de calificación de invalidez que de acuerdo a los criterios de deficiencia, incapacidad y minusvalía, determina su valor. Según las tablas que regulan la materia, la incapacidad de la pérdida anatómica de miembro superior produce, acogiéndose a los porcentajes máximos, sin tener en cuenta la variación que en mayor o menor medida puede presentarse frente a cada individuo, los siguientes resultados: deficiencia 30.2%[53], discapacidades 5.0%[54] y minusvalía 8.5%.[55] La sumatoria de los porcentajes anotados arroja una incapacidad laboral total del 43.5% la cual, de acuerdo con las normas de invalidez citadas, no da derecho a la pensión y sólo en la medida en que dicha incapacidad tenga origen profesional, permitiría el pago de una indemnización proporcional al salario base de cotización.

En efecto, el contraste entre los sistemas de cálculo, liquidación y monto de las prestaciones de ambos sistemas, permite concluir que la actividad de las personas vinculadas con la Fuerza Pública, incluso siendo personal civil como se verá más adelante, demanda mayores exigencias, que se materializan en una inmejorable capacidad física y psíquica de sus miembros, razón por la que no es posible asimilar dictámenes originados en regímenes diferentes a éste. Con todo, este planteamiento no desvirtúa lo señalado respecto de las propiedades de integralidad y actualidad con las que debe contar la calificación por pérdida de capacidad laboral, puesto que una cosa es que en cada régimen, bajo sus parámetros propios, se tenga en cuenta la condición de salud de la persona, en su estado real y más completo posible, y otra, que por esos motivos se concluya equivocadamente que los porcentajes de calificación, perteneciendo a regímenes diferentes, deben sumarse en un solo dictamen.

4.12. En otras palabras, el deber que tienen los organismos que califican la pérdida de

capacidad laboral de valorar en su integridad y bajo condiciones de vigencia a un paciente, está relacionado con su estado sicofísico, más no con los porcentajes de otros dictámenes, pues además del método de cálculo diferencial que se utiliza en uno y otro régimen, la actualidad de la calificación e infinidad de aspectos técnicos de competencia de dichos organismos, impiden que el problema pueda reducirse a una simple operación de aritmética.

Ilustrado lo anterior, es importante precisar el método de asignación de porcentajes del régimen de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, el cual, a lo largo del tiempo, no solo ha incluido al personal uniformado sino al civil vinculado con el Ministerio de Defensa bajo el mismo sistema de tablas de cálculo para la pérdida de capacidad laboral.

5. Acumulación de incapacidades producidas bajo vinculaciones distintas- personal uniformado y civil- en el régimen de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Método de asignación de porcentajes en cada caso.

5.1. Para determinar la disminución de la capacidad físico-mental, el Decreto 1836 de 1979, en un primer momento, estableció un cálculo para obtener el porcentaje con relación a dos variables: el índice de lesión de la persona, fijado previamente por la Unidad de Sanidad Militar o de la Policía y la edad de la misma. Dicho método, regulado mediante la “TABLA DE EVALUACION DE INCAPACIDADES- PORCENTAJE DE DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL” aplicaba al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Con la entrada en vigencia del Decreto 094 de 1989, únicamente se modificaron los porcentajes en relación con la edad, pues las variables y el método para determinar la pérdida de capacidad laboral se conservaron, así como el personal al que le eran aplicables, es decir, “(...) Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.” (Subrayado fuera de texto)

Actualmente, el Decreto 1796 de 2000, además de regular lo relacionado con la evaluación de la capacidad sicofísica, encomendó al Gobierno Nacional la determinación de los criterios de calificación de dicha capacidad para “(...) los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos

de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993". Sin embargo, dado que el gobierno no reglamentó lo correspondiente, actualmente, el cálculo para obtener el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sigue siendo el dispuesto por el Decreto 094 de 1989, tanto para militares y policiales como para el personal civil o no uniformado vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.[56]

5.2. En este sentido, es posible observar que, al menos frente a situaciones de personal vinculado desde 1979 hasta antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador ha otorgado un tratamiento homogéneo al tema de los parámetros de calificación tanto para el personal estrictamente militar como para el civil- no uniformado dentro de las mismas fuerzas, lo que significa que, a diferencia de lo que ocurre con las distinciones entre el método de asignación de porcentajes entre el régimen de la Fuerza Pública y el Sistema General de Pensiones, los criterios de calificación al interior del régimen de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional entre una persona que tenga funciones militares y otro que ocupe un cargo civil son idénticos, y por tanto asimilables.

5.3. Con todo, lo anterior no quiere decir que los porcentajes de calificaciones distintas puedan sumarse automáticamente por el juez aunque se encuentren basadas en el mismo régimen o parámetro de calificación, pues aunque en esta hipótesis ya no se evidencia la dificultad existente entre los eventos que contemplan distintos regímenes, es evidente que el análisis de las entidades que califican la capacidad sicofísica comprende mayores complejidades técnicas y científicas, situación que en efecto justifica que la ley haya entregado la competencia para definir la situación sicofísica de una persona a los órganos competentes y especializados para ello, es decir, a las Juntas y Tribunales Médicos de calificación.

Desde luego, la anterior observación no colisiona con el carácter integral que deben recoger los dictámenes por pérdida de capacidad laboral. Por el contrario la Sala advierte que su importancia se amplía, puesto que si una persona es calificada bajo el mismo régimen en varias oportunidades, en este caso el de la Fuerza Pública, los órganos de calificación de dicho sistema, además de considerar para su valoración la totalidad de las patologías que

padece, el estudio conjunto de tales dictámenes resulta más sencillo y homogéneo, en la medida que fueron realizados bajo un solo régimen que contempla idénticos parámetros de estimación de pérdida de la capacidad laboral, lo que a su vez habilita a los órganos calificadores de las fuerzas militares o de la Policía Nacional a conocer del caso específico.

6. La posibilidad de solicitar, en el régimen de invalidez de la Fuerza Pública, la recalificación por pérdida de capacidad laboral ante la aparición de nuevas patologías que podrían ser el resultado de afectaciones originadas durante el vínculo laboral.

6.1. Frente a la posibilidad de obtener una nueva calificación, el Decreto 1836 de 1979, así como el 094 de 1989 y el 1796 de 2000, señalan que las decisiones de la suprema autoridad en materia médico laboral Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y que contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.[57] Lo anterior, en principio, descartaría nuevas oportunidades de calificación, salvo los exámenes periódicos de revisión en el caso de los pensionados.[58]

6.2. En efecto, si bien el legislador contempló la posibilidad de una recalificación periódica para quienes al retirarse del servicio obtuvieron una pensión por invalidez, no incorporó el caso contrario, es decir, el de aquellas personas que estando vinculadas al servicio sufrieron algún tipo de pérdida de capacidad laboral pero no obtuvieron el porcentaje mínimo para acceder a dicha pensión al momento de la calificación. En otras palabras, aunque la ley reconoció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral puede modificarse con el tiempo, solo incorporó los eventos en los que la no persistencia de la patología pudiera alterar el derecho a la prestación por invalidez, pero no los relacionados con la evolución negativa de la enfermedad que, si bien en su momento no generó invalidez, su empeoramiento en la actualidad podría ocasionar discapacidad suficiente para obtener la pensión.

6.3. Ante dicha circunstancia, esta Corporación ha manifestado que “[prima facie], no parece de recibo, a la luz de los principios y valores constitucionales, una interpretación del régimen legal y reglamentario de las fuerzas militares y de policía en materia de salud, que excluya toda responsabilidad del Estado en relación con desarrollos patológicos posteriores al retiro de una persona del servicio activo que no fueron tenidos en cuenta al fijar la

condición de salud en la Junta Médica, con base en la cual se determinó el retiro, pero que pueden atribuirse de manera clara y directa a una situación de servicio”[59].

Por este motivo, la jurisprudencia constitucional ha previsto tres presupuestos para establecer la procedencia de una nueva valoración médica en los casos de no pensionados, los cuales tiene lugar si “(i) [existe] una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) dicha condición [recae] sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) si la misma se [refiere] a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro”[60].

6.4. No obstante, debe anticiparse que si lo que justifica una recalificación es la potencialidad de empeoramiento progresivo y eventual de la salud, derivada del mismo hecho producto del cumplimiento de las labores propias del servicio; en muchas oportunidades, esta última relación no se muestra con claridad en sede judicial, entre otras cosas, porque es justamente lo que se pretende demostrar mediante la nueva calificación, cuya competencia está asignada a los órganos respectivos.

6.5. Así por ejemplo, en sentencia T- 696 de 2011,[61] la Corte estudió el caso de una persona que prestaba sus servicios como efectivo de la Policía Nacional y fue retirado del servicio a consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica en un 74.53%. El accionante sostuvo que su patología había venido empeorando progresivamente, puesto que las secuelas psicológicas del accidente sufrido en servicio activo se encontraban exacerbadas. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión reconoció que del acervo probatorio no se podía concluir que el empeoramiento del estado de salud de peticionario fuera atribuible a la patología por la que había sido calificado inicialmente, por lo que, en principio, no era merecedor de una nueva calificación. Sin embargo, consideró que una lectura así de tal requisito ofrecía una interpretación limitada de dicha garantía: “Esta Sala encuentra, que la aseveración según la cual la interpretación de los criterios jurisprudenciales sobre la garantía del derecho a una nueva valoración médica de los miembros de las FFMM, solo es otorgable cuando se demuestra el carácter de empeoramiento progresivo de una patología, resulta una interpretación restrictiva.” En efecto, como quiera que la nueva calificación tiene por objeto precisamente mostrar que en el caso de algunas patologías los porcentajes iniciales no arrojan como resultado las verdaderas secuelas en la disminución de capacidades psicofísicas, su procedencia no

puede depender de que se demuestre lo mismo que se pretende demostrar con la nueva valoración.”[62] (Subrayado no pertenece al original)

6.6. En tal sentido, si es el Estado quien tiene el deber constitucional de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como de adoptar medidas en favor de los grupos que se encuentren en condiciones de desventaja iusfundamental, es apenas comprensible que sus órganos no se muestren indiferentes ante una persona que si bien formalmente no fue calificada como inválida, materialmente sí puede estarlo en la actualidad con motivo del empeoramiento progresivo de la patología que adquirió mientras prestó sus servicios a la Fuerza Pública.

6.7. Sobre lo último, si el dictamen por pérdida de capacidad laboral tiene por objeto, además de fijar el porcentaje, establecer el origen de las patologías que aquejan al examinado que, entre otras, solo puede determinarse a partir de criterios especializados y científicos privativos de los órganos de calificación; es claro que la relación de los padecimientos actuales con la enfermedad original, debe ser establecida por aquellos, en caso de que dicha conexión no sea evidente en sede judicial, o que, por razones apenas comprensibles sobre la ausencia de conocimientos técnicos de quien pretende ser calificado, no sea demostrada. En todo caso, por las razones expuestas, dicha acreditación ante el juez de tutela no puede constituir un criterio del cual dependa la procedencia de una nueva calificación.

7. Régimen jurídico aplicable en materia de pensión de invalidez para miembros uniformados y no uniformados de la Fuerza Pública.

7.1. Para el personal militar y policial, debe señalarse que anteriormente el tema era regulado por el ya citado Decreto 1836 de 1979, el cual fijaba, como requisito para la pensión de invalidez, la adquisición de una incapacidad durante el servicio o por causa y razón del mismo que implicara una pérdida de la capacidad sicofísica, al menos, en un 75%.[63] Paralelamente, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, el mismo Decreto efectuaba una remisión al artículo 88 del Decreto Ley 610 de 1977, [64] el cual fijaba, de forma similar que para el personal militar y policial, el requisito de un porcentaje igual o superior al 75% para obtener la pensión de invalidez.[65]

Más adelante, el Decreto 094 de 1989 derogó las disposiciones del 1836 de 1979. Asimismo, el Decreto 2247 de 1984, por remisión del 094 de 1989,[66] derogó lo relacionado con el régimen prestacional del personal civil del Decreto Ley 610 de 1977. Sin embargo, las normas que entraron en vigencia, mantuvieron tanto para el personal militar y policial como para el civil vinculado al Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional el mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral (75%) para acceder a la pensión de invalidez.[67]

Posteriormente, el Decreto 2247 de 1984, por el cual se modificaba el Estatuto del Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, fue derogado por el Decreto 1214 de 1990. Con todo, ésta norma conservó el porcentaje de invalidez en 75% para el personal civil. [68]

Después, si bien el Decreto 1214 de 1990 fue derogado por el 1792 de 2000, éste último dejó incólume las disposiciones relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional del Decreto 1214 para el personal civil.[69]

Con la expedición del Decreto 1796 de 2000 se derogaron, en su mayoría, las disposiciones del 094 de 1989; sin embargo, por mandato expreso de aquél, el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa 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, continuó rigiéndose, en lo referente a las indemnizaciones y pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del Decreto de 094.[70] No obstante, dado que por remisión de éste último Decreto debía aplicarse al personal civil el 2247 de 1984 y las normas que lo modificaran o adicionaran, en este caso, el Decreto 1214 de 1990, que a su vez no sufrió alteraciones por el Decreto 1792 de 2000 en cuanto al régimen pensional, salarial y prestacional de dicho personal, la norma que finalmente resulta aplicable para los miembros civiles y no uniformados vinculados antes de la Ley 100 de 1993, es el Decreto de 1214 de 1990, acompañado, tal como se dijo, de un porcentaje del 75% de pérdida de capacidad laboral para optar por la pensión de invalidez.

Asimismo, el Decreto 1796 de 2000, respecto del personal militar y policial, siguió conservando el porcentaje mínimo de invalidez en un 75%.[71]

7.3. Entre lo más destacable, la Ley 923 fijó el límite mínimo porcentual de invalidez para

los miembros de la fuerza pública en 50%, aclarando que para obtener la pensión de invalidez, no se podría establecer una disminución de la capacidad laboral inferior a dicho porcentaje.[72] Asimismo, prescribió que los requisitos y condiciones de dicha Ley solo podrían aplicarse para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, y no antes.[73]

7.4. En desarrollo de dicha disposición marco, el Decreto 4433 de 2004 incorporó dos tipos de pensión por afectaciones a la capacidad laboral. La primera, se trató de la pensión por invalidez en estricto sentido, que recogió la precisión del Decreto 1796 de 2000, en el entendido de que “[S]e considerará inválida la persona cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75% de disminución de la capacidad laboral”[74]. En efecto, el Decreto 4433 contempló, en sus artículos 30 y 33, dos hipótesis respecto de este tipo de pensión, en las que se exige el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aludido siempre que la afectación haya ocurrido durante el servicio. La principal diferencia entre una y otra, además de la liquidación del monto en algunos casos,[75] es el personal al que se encuentran dirigidas, puesto que la del artículo 30 cubre a Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y a Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional;[76] mientras que la del artículo 33 ampara a los alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y de Oficiales y miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.[77]

7.5. El segundo tipo de pensión, desarrollado por el artículo 32 del mismo Decreto 4433 de 2004, fue contemplado para aquel personal militar o policial que hubiese adquirido, en combate; o por actos meritorios del servicio; o por 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, una incapacidad permanente parcial igual o superior al 50% e inferior al 75%, de manera que no se trata de una pensión de invalidez strictu sensu, sino de un reconocimiento pensional por un alto grado de incapacidad adquirido en especialísimas circunstancias.[78]

7.6. Ahora, frente a la interpretación de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo

año, esta Corporación se ha pronunciado, principalmente, sobre dos aspectos: la retroactividad de sus disposiciones y la aplicación de la norma más favorable en términos del porcentaje mínimo de invalidez para el personal militar y policial de la Fuerza Pública.

Sobre el primer aspecto, la Sentencia C-924 de 2005[79] analizó la constitucionalidad de la expresión “desde el 7 de agosto de 2002” del artículo 6º de la Ley 923 de 2004, el cual señala que “El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley.” Dicha expresión, fue demandada por la presunta vulneración del preámbulo de la Constitución Política y de los derechos a la familia, a la salud y a la igualdad. Particularmente, a juicio del demandante, la violación de éste último estaba sustentada en que la limitación temporal establecida en dicho artículo desconocía la situación de aquellos militares y policías afectados gravemente en su salud y en su capacidad laboral, por hechos ocurridos antes del 7 de agosto de 2002, que aun encontrándose en iguales condiciones fácticas y jurídicas frente a aquellos que resultaron lesionados en fecha posterior, no tendrían derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez. En esta oportunidad, la Corte declaró exequible la expresión demandada, en la medida que “(...) se [trataba] de situaciones distintas, sujetas a regímenes jurídicos distintos, sin que, por ese solo hecho, [pudiera] predicarse una violación del principio de igualdad, o se [impusiera] la aplicación retroactiva de la ley [923 de 2004] que se estima consagra condiciones más favorables.”[80]

7.7. Ya en sede de revisión, la Corte tuvo la oportunidad de resolver problemas jurídicos similares al hoy estudiado, llevando su análisis a dos puntos principales: la aplicación- en diversas formas- de la sentencia de constitucionalidad citada respecto de la retroactividad de la Ley 923 de 2004 y el establecimiento del 50% como el porcentaje mínimo de invalidez para el personal militar y policial.

8. Retroactividad de la Ley 923 de 2004 y el porcentaje mínimo de invalidez para el personal militar y policial según la misma normatividad. Balance jurisprudencial y conclusiones actuales.

8.1. En un primer momento, la citada ley fue objeto de pronunciamiento por ésta Corporación en sentencia T-829 de 2005,[81] en la que se afirmó que si con anterioridad “(...) solo se podía acceder a la [pensión de invalidez] cuando el porcentaje fuese igual o superior al 75%, a partir de la ley 923 de 2004, [debía] entenderse que esta situación se [había modificado], pues se reconoc[ía] que los miembros de la fuerza pública [podían] optar por una pensión cuando la invalidez [fuera] igual o superior al 50%.” Por tal motivo, los derechos del entonces accionante, un agente del escuadrón antimotín con una disminución de la capacidad laboral del 62.44%, fueron amparados; como quiera que las lesiones habían ocurrido después del 7 de agosto de 2002 en razón de actos propios del servicio.

8.2. La misma interpretación fue acogida posteriormente en las sentencias T-841 de 2006[82] y T-595 de 2007,[83] y aunque el amparo no fue concedido por otras circunstancias, como que el hecho generador de la lesión no había ocurrido en vigencia de la Ley 923 de 2004[84] o que la acción adolecía de problemas de subsidiariedad[85], las salas de revisión respectivas reiteraron: “(...) [D]e acuerdo con las disposiciones normativas y fallos citados, la normatividad vigente sobre la adquisición del derecho a la pensión de invalidez para los miembros de la fuerza pública, señala que quienes hayan sufrido una incapacidad por eventos ocurridos con posterioridad al siete (7) de agosto de dos mil dos (2002), en el servicio o por causa de éste, tienen derecho a acceder a la pensión de invalidez si presentan una incapacidad igual o superior al 50%, sin que para ello puedan exigirse requisitos adicionales (...)”[86]

8.3. Asimismo, puede citarse la sentencia T-864 de 2009[87], mediante la cual se revisó una acción de tutela interpuesta por un agente de policía que fue lesionado en combate en 1998, situación que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 74.53%. En efecto, se reiteró que “(...) con la Ley 923 de 2004, se [reconocía] que los miembros de la fuerza pública [podían] optar por una pensión cuando la invalidez [fuera] igual o superior al 50%, tal como sucede con el común de los trabajadores que se rigen por la Ley 100 de 1993”. No obstante, aunque la calificación del peticionario superaba dicho porcentaje, se concluyó que no tenía derecho a la pensión, puesto que la discapacidad no se estructuró en vigencia de la citada Ley, sino por hechos anteriores al 7 de agosto de 2002.

8.4. Más adelante, en Sentencia T-038 de 2011[88], se analizó el caso de un soldado

regular que el 18 de julio de 1997, estando vigente el Decreto 094 de 1989, adquirió una pérdida de capacidad laboral del 73.06% por acción directa del enemigo, debido a un trauma craneoencefálico con fractura de cráneo y laceración cerebral. En esta oportunidad, la Corte interpretó nuevamente que para reconocer la pensión por invalidez, bastaba con que la pérdida de la capacidad laboral fuera igual o superior al 50%, de conformidad con la Ley 923 de 2004. Sin embargo, empezó a variar su criterio sobre la retroactividad limitada de la norma. Indicó que a pesar de que los hechos ocurrieron con anterioridad al 7 de agosto de 2002, en vigencia del Decreto 094 de 1989 y este fijaba el porcentaje mínimo de invalidez en 75%, lo aplicable al caso concreto era la normatividad más favorable para optar por la pensión, es decir, la Ley 923 de 2004.

8.5. Con la T-681 de 2011[89], la Corte tuvo la oportunidad de conocer la acción de tutela presentada por un ex - soldado que solicitaba el amparo de sus derechos a la seguridad social y al debido proceso, los cuales consideraba vulnerados como consecuencia de la negativa del Ejército a reconocerle la pensión de invalidez por la incapacidad adquirida en combate y calificada en un 71.89%, puesto que, a juicio de la demandada, debía alcanzar una disminución del 75% o más de la capacidad laboral, de conformidad con el Decreto 094 de 1989, el cual se encontraba vigente el 17 de enero de 1996, momento de la ocurrencia de la lesión. La Sala Sexta de Revisión, quien estudió el caso, entendió nuevamente que, de acuerdo con la Ley 923 de 2004, "(...) para acceder a la pensión de invalidez por parte de los miembros de la fuerza pública se [establecía] un parámetro mínimo de protección, que [era] el 50% de disminución en la capacidad laboral." Y al analizar si dicha ley era la norma aplicable, concluyó que, aunque los hechos no habían ocurrido bajo su vigencia, sí debía reconocérsele la pensión bajo la misma. Sin embargo, para llegar a esta conclusión acudió a un argumento diferente al de la favorabilidad pensional. Expuso que si bien una persona podía sufrir una pérdida de capacidad laboral bajo un régimen anterior, dicha disminución podría prolongarse en el tiempo hasta el punto de convertirse en una invalidez, razón por la que el régimen aplicable sería el vigente al momento de la última calificación, que en el caso estudiado era el de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año.

8.6. Posteriormente, en la sentencia T- 696 de 2011[90] se analizó el caso de un efectivo de la Policía Nacional que, con motivo de las funciones propias del servicio, adquirió una disminución de la capacidad psicofísica del 74.53% con anterioridad a la vigencia de la Ley 923 de 2004. En esta oportunidad, la Corte, además de ordenar la recalificación del

demandante, previno a la demandada para que, en caso de que el nuevo dictamen superara el 50% de pérdida de capacidad laboral, se reconociera la pensión de invalidez al peticionario de conformidad con la interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre la Ley 923 de 2004. No obstante, a pesar de que el hecho que generó la lesión había ocurrido con anterioridad al 7 de agosto de 2002, la circunstancia temporal no fue analizada en la providencia; estudio que también estuvo ausente de una de las acciones falladas en la sentencia T- 839 de 2011.[91]

8.7. Más recientemente, mediante la sentencia T-677 de 2012[92], la Corte, recogiendo lo dicho en la T-599 de 2012, justificó porqué la aplicación de la Ley 923 de 2004 a hechos ocurridos antes del 7 de agosto de 2002, no contradecía lo establecido en la sentencia C-924 de 2005 respecto los efectos en el tiempo de ese cuerpo normativo. Allí se analizó el caso de un soldado que, siendo retirado del Ejército por padecer una incapacidad superior al 50% adquirida en un accidente por actos propios del servicio, se le había negado la pensión de invalidez, con el argumento de que las normas vigentes al momento en que fue retirado, no contemplaban el reconocimiento de dicha prestación para personas con incapacidades laborales inferiores al 75%, a pesar de la regulación prevista por la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004, que incorporaron una pensión para incapacidades calificadas entre el 50% y el 74% adquiridas en circunstancias como las del actor. En esta oportunidad, la Corte decidió conceder la pensión al accionante, puesto que, si bien la sentencia C-924 de 2005 había dejado incólume la retroactividad limitada de la citada Ley 923, lo había hecho bajo el cargo de igualdad, más no de otras garantías constitucionales. En tal orden, señaló que había lugar a amparar el derecho a la seguridad social del ex - soldado, puesto que en la sentencia de constitucionalidad citada no se habían analizado cargos por este derecho, y en ese sentido, debían aplicarse las condiciones más favorables que, en concreto, eran las dispuestas por el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

8.9. Ahora, respecto de los requisitos para obtener la pensión de invalidez en el régimen militar y policial, se observa que, frente a la interpretación del numeral 3.5. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, distintas salas de revisión de la Corte han sostenido que el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral para obtener la prestación pensional, a partir de la vigencia de tal ley, debe entenderse fijado en 50%.

8.10. Sin embargo, a juicio de esta Sala dicho precedente no ha sido lo suficientemente

preciso, pues lo que realmente se dispuso por el legislador en dicha norma, fue que para el reconocimiento de la pensión de invalidez el Gobierno Nacional no podía establecer un porcentaje menor del 50% de pérdida de capacidad laboral. Lo que significa que cualquier porcentaje igual o mayor al 50% que fijara el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, constituía una cumplida ejecución de la Ley citada.

Así entonces, se observa que el límite establecido por la Ley, hacía referencia a la prohibición de reconocer pensiones de invalidez con calificaciones inferiores al 50% de pérdida de capacidad laboral, y no como se entendió en las providencias reseñadas, esto es, que el porcentaje mínimo para obtener cualquier pensión de invalidez en el régimen estudiado era del 50%.

Por este motivo, es que se observa que se ha hecho una interpretación imprecisa de la norma, puesto que si bien el artículo 33 del Decreto 4433 de 2004 estableció una pensión para el personal que en circunstancias especialísimas adquiriera una pérdida de capacidad laboral entre 50% y 74%, la Sala advierte que se ha entendido de forma inexacta la aplicación de dicho límite del 50%, adaptándolo a todos los casos, incluso en aquellos regulados por el artículo 30 del mismo Decreto, en el que la hipótesis se modifica sustancialmente, puesto que se trata aquí del reconocimiento de la pensión de invalidez pero para aquél personal que hubiese adquirido una pérdida de capacidad laboral del 75% en circunstancias ordinarias, simplemente durante el servicio.

A su vez, la Sala considera que la interpretación imprecisa de dicha disposición no solo se reduce a un tema sobre la literalidad de la norma. En efecto, el régimen pensional de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, así como el régimen general de pensiones, está concebido sobre una correlación entre el porcentaje de invalidez y los parámetros de calificación de la pérdida de capacidad laboral. En otras palabras, si los criterios de calificación obedecen a índices más o menos exigentes, la racionalidad del sistema implica que la determinación de la invalidez obedezca a porcentajes más o menos exigentes, ejemplo de ello es la explicación ofrecida en el numeral 4.11. En ese sentido, la interpretación que la Sala ahora cuestiona tiene que ver con una lectura integral del sistema, puesto que entender que el porcentaje mínimo de invalidez exigido en el régimen de la Fuerzas Armadas es del 50% cuando los parámetros de calificación siguen siendo los mismos y tienen como base el 75%, implica una lectura disfuncional del sistema, que, entre

otras cosas, puede generar un resultado altamente inequitativo frente al régimen común por ejemplo, que responde a la lógica que aquí se explica y en consecuencia, frente a las personas que logran pensionarse en uno y otro régimen.

8.11. Sin embargo, la anterior interpretación, dada la vigencia del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, podía efectuarse con anterioridad a la declaratoria de nulidad de éste último.

En efecto, mediante sentencia del 28 de febrero de 2013, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró nula la norma que contenía la hipótesis de la pensión de invalidez en estricto sentido, es decir, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, considerando que: “(...)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 lo 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. (...)”[93]

8.12. Aunque la Sala no comparte los argumentos de la Sección Segunda del Consejo de Estado por las razones expuestas en el numeral 8.10., debido a la declaratoria de nulidad del artículo demandado y a su falta de vigencia; para fijar un criterio respecto de este asunto y solucionar el caso concreto, ya no podrá tenerse en cuenta la hipótesis que contemplaba el 75% de pérdida de capacidad laboral como requisito de la pensión de invalidez en los casos de personal lesionado en servicio.

8.13. Por otra parte, tampoco podrían revivirse las disposiciones que la norma declarada nula había derogado, puesto que la Ley 153 de 1887 en su artículo 14 es clara al señalar que “Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.” Y hasta el momento, las normas derogadas por el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 no han sido reproducidas en una regulación nueva sobre el porcentaje de invalidez para militares y policiales.

8.14. Con todo, incluso de aceptarse que la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general implica que sí recobrarán vida y vigencia las normas que fueron derogadas por la declarada nula, en la medida que aquella figura reviste efectos *ex tunc*, [94] la Sala advierte que, en este caso, tampoco habría lugar a revivir la normatividad previa.

Lo anterior, porque de ser así, debería entonces concluirse que la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, implica la vigencia de la norma que aquél derogó tácitamente, es decir, los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1796 de 2000 que fijaban el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en 75% para el personal de la Fuerza Pública. Sin embargo, la Sala no puede admitir una interpretación de esta naturaleza puesto que, materialmente, estaría reproduciendo la misma hipótesis de la norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado, y en ese sentido, estaría desconociendo una decisión judicial sobre la vigencia de una norma que fue retirada del ordenamiento jurídico, precisamente

porque no debió haber existido jamás.

8.16. Con todo, el numeral 3.5. del artículo 5 de la Ley 923 de 2004 continúa vigente y si bien no establece un porcentaje específico de invalidez, si resulta aplicable para la hipótesis que contemplaba el artículo viciado de nulidad siempre que no se transgreda el límite mínimo que el primero fijó para el reconocimiento de la pensión de invalidez. En otras palabras, dicho numeral estableció una prohibición consistente en que “(...) no se podr[ía] establecer como requisito para acceder al derecho [pensión de invalidez], una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%)”; sin embargo, dada la ausencia de disposición que reglamente tal directriz, ha de aplicarse esta última en lo que no riña con su prohibición, es decir que, el índice porcentual mínimo a partir del cual debe entenderse que un militar o policial es inválido a la luz de esta normatividad es del 50%.

8.17. Sin embargo, no pasa inadvertido para la Sala que no existe una correspondencia entre este porcentaje (50%) y los parámetros con los que se califica la pérdida de la capacidad sicofísica para el personal militar y policial en el régimen de las fuerzas armadas- Decreto 094 de 1989-[95], puesto que, tal como se reseñó, éstos últimos están diseñados bajo un factor de correspondencia de invalidez del 75% y no del 50%. Por este motivo, es que se llama la atención sobre la importancia de un ajuste entre la anterior correlación, que en principio ha de corresponder a la otras ramas del poder público, en cabeza del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, con el fin de que no persista tal asimetría en el sistema y se proteja el principio de igualdad. Con todo, mientras ello no ocurra y no exista un criterio homologación o adecuación de los criterios de calificación, esta Corporación considera que la interpretación pertinente frente al porcentaje de invalidez exigido a militares y policiales es la explicada en el párrafo 8.16.

9. Análisis del Caso Concreto

9.1. En el asunto revisado, el señor Luis Eduardo Lozano Trujillo, obrando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional -Armada Nacional- solicitando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso, ante la negativa de la entidad a recalificar su pérdida de capacidad laboral, así como a reconocerle la pensión de invalidez.

De acuerdo con la información que reposa en el expediente de tutela así como la recibida

por esta Corporación en sede de revisión, se tiene que el accionante estuvo vinculado en dos oportunidades con la Armada Nacional, en una primera como infante de marina desde 1982 hasta 1984, y en una segunda, en calidad de civil plomero entre 1992 y 1999. Al finalizar ambos periodos, el peticionario fue valorado por los organismos encargados de calificar la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública. Debido a un accidente sufrido en servicio activo en 1984, el actor tuvo que ser sometido a una intervención reconstructiva del nervio iliaco izquierdo-injerto-, lo que le produjo una disminución de la capacidad laboral del 45%, de conformidad con el Decreto 1836 de 1979. Posteriormente, como consecuencia de una patología lumbar denominada “espondilolistesis Grado I L4-L5, [y] espondilólisis L5 (...)” adquirida durante la segunda vinculación, su incapacidad fue fijada en un 11.5% según los índices del Decreto 094 de 1989. Sin embargo, en esta oportunidad, la Junta Médico Laboral aclaró que ante la falta de modificación de las secuelas generadas por el accidente de 1984, ninguna lesión relacionada con el mismo se tendría en cuenta.

En la actualidad, se conoce que la aparición de recientes complicaciones- cáncer de estómago con metástasis en la columna, oclusión del injerto aortoiliaco y el deterioro de la enfermedad lumbar-, presuntamente relacionadas con las patologías por las que fue calificado, han empeorado la salud del demandante, razón por la que considera que debe ser valorado nuevamente para determinar la pérdida de capacidad laboral real. Asimismo, a juicio del actor, los dos porcentajes de cada dictamen deben ser incorporados en uno solo, con el fin de que el total porcentual pueda superar el 50% y le sea concedida la pensión de invalidez bajo el régimen de la Ley 923 de 2004.

9.2. Conforme a lo expuesto y a la clasificación que la Sala decidió proponer para la solución de los problemas jurídicos, se iniciará con el asunto relativo a la posibilidad de que una persona amparada por el régimen de la Fuerza Pública, habiendo sido calificada una primera vez y cuyos dictámenes quedaron en firme, pueda ser valorada nuevamente frente a la aparición de recientes padecimientos eventualmente derivados de las lesiones por las que en un principio fue examinada.

Si bien a la luz de los Decretos 1836 de 1979 y 094 de 1989, los dictámenes emitidos por el Consejo Médico en 1985 y por el Tribunal Médico en 2001 en el caso del accionante son irrevocables y de obligatorio cumplimiento, éstas disposiciones, tal como se advirtió

capítulos más arriba, no habilitan al Estado, en este evento a la Armada Nacional, a relevarse de toda responsabilidad en relación con los desarrollos patológicos posteriores al retiro del señor Lozano Trujillo. En efecto, el peticionario fue recientemente diagnosticado con embolia y trombosis de arteria ilíaca, dado que el injerto aorto-iliaco que le adaptaron como consecuencia del accidente de 1984 presenta una obstrucción/oclusión; asimismo, la “espondilolistesis Grado I L4-L5, [y] [la] espondilólisis L5 (...)”, por la que fue calificado en la segunda oportunidad se ha convertido en una “Fractura del cuerpo vertebral L5, anterolistesis L5/S1 grado I con lisis bilateral, protusión discal y laceración del anillo fibroso en segmentos y características descritas, [y] posible pinzamiento L5 derecho”; y finalmente, aunque sin causa determinada aún, el cáncer gástrico que padece el accionante desde 2012 y actualmente hace proceso de metástasis en su columna vertebral, ha sido una posible manifestación del mismo accidente sufrido como soldado.

Para establecer la procedencia de la nueva calificación en el caso estudiado, según la jurisprudencia constitucional, deben someterse las particularidades de la situación del señor Lozano Trujillo al examen de los requisitos fijados sobre el asunto, esto es, si existe una condición patológica atribuible al servicio; si la misma recae sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y si, finalmente, la enfermedad reciente se debe a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro del accionante.

Aunque la nueva condición patológica del señor Lozano Trujillo, caracterizada por la embolia, la trombosis, la lesión lumbar y el cáncer gástrico con metástasis en la columna, son patologías susceptibles de evolucionar progresivamente, en el entendido de que pueden deteriorar aún más el estado de salud del actor, y que no se trata de enfermedades que pudieran ser previstas al momento de su calificación; la Sala advierte que, el primer requisito, es decir la relación entre los nuevos padecimientos y las lesiones originales, no necesariamente se muestra con rigor científico en esta sede pero tampoco es menester que sea determinada en la misma.

Si bien un presupuesto jurisprudencial para que proceda una nueva calificación, es que la reciente condición patológica del extrabajador sea atribuible al servicio; esta Sala debe señalar, tal como se advirtió en párrafos precedentes, que a pesar de que dicha relación no está demostrada en sede de tutela, ello no constituye per se una razón válida para impedir la orden de recalificación, puesto que sostener algo así, implicaría aceptar que la

procedencia de la práctica del nuevo dictamen depende de que se demuestre lo mismo que se pretende demostrar con esta nueva valoración.

En efecto, si uno de los objetivos de la valoración por pérdida de la capacidad laboral es determinar el origen de las patologías que aquejan al señor Lozano Trujillo, es apenas comprensible que sean los órganos que el sistema de calificación de la fuerza pública estipuló para aquella labor quienes, a partir de criterios técnicos y científicos, valoren la actual capacidad sicofísica del accionante.

Asimismo, a juicio de esta Sala, se justifica reinterpretar el requisito detallado de forma más amplia, toda vez que el señor Lozano Trujillo puede tratarse de una persona que si bien formalmente no fue calificada como inválida; materialmente sí pueda estarlo con motivo del eventual empeoramiento de la incapacidad que adquirió mientras prestó sus servicios a la Fuerza Pública, cuestión que solo podrá avalar el organismo competente para ello.

Por las razones expuestas, se considera que la recalificación del peticionario es procedente y que, en ese sentido, la Armada Nacional, a través de sus órganos de calificación, debe valorar nuevamente al señor Lozano Trujillo teniendo en cuenta sus padecimientos no solo antiguos sino actuales, incluyendo en el dictamen el porcentaje que representen y haciendo la respectiva diferencia sobre su origen.

9.3. Ahora, como se sabe que con anterioridad el peticionario fue calificado en dos oportunidades, la Sala debe entrar a resolver el segundo problema jurídico relacionado con la integralidad de la valoración por pérdida de la capacidad laboral. Frente al mismo, deberá responder si la invariabilidad de una patología ya calificada justifica que la misma pueda omitirse de una futura calificación.

Tal como fue expresado en los capítulos 4 y 5 de esta providencia, los dictámenes por pérdida de capacidad laboral deben observar unos parámetros mínimos, entre ellos, basarse en un diagnóstico integral del estado de salud del examinado. Este criterio, no solo ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, puesto que, tal como fue relatado, también se ha incluido en la normatividad que regula la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública, tal como los Decretos 1836 de 1879 y 094 de 1989, bajo los cuales fue calificado en su momento el señor Lozano Trujillo.

En efecto, si se aceptan las valoraciones fraccionadas que efectuaron los organismos competentes en su momento respecto de la disminución de la capacidad psicofísica del peticionario, se estaría desconociendo el fundamento mismo de la calificación como el resultado de una pérdida global y considerable de las facultades para su desempeño laboral, y lo que es más gravoso aún, se estaría admitiendo nuevamente que el señor Lozano Trujillo podría estar materialmente inválido pero que por razones formales, fundadas en diversas calificaciones que solo han atendido parcialmente su estado de salud, no goza de la protección adecuada para su discapacidad real.

Así, a la luz de lo explicado, afirmar, tal como lo hizo la Junta Médica que calificó en 2001 al peticionario, que debido a la falta de modificación de las secuelas de una enfermedad anterior se consideraba 100% apto al accionante para el cargo a desempeñar, constituye no solo una incoherencia frente al concepto de invalidez y un quebrantamiento del derecho a una calificación integral sino que también contraviene los mismos parámetros de valoración del régimen pensional definido para los miembros de la fuerza pública en los Decretos 1836 de 1979 y 094 de 1989.

Como fue advertido, el método de asignación de porcentajes del régimen de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, se ha caracterizado por incluir no solo al personal uniformado sino también al civil vinculado con el Ministerio de Defensa bajo el mismo sistema de tablas de cálculo para la pérdida de capacidad laboral.

En este orden, la patología, secuela o afección valorada a un miembro uniformado, al menos bajo los dos Decretos que nos competen, dado que el peticionario fue calificado con los mismos; tiene la misma equivalencia porcentual para el personal civil. Por este motivo, la afirmación de la Junta Médica en 2001 sobre que la “infertilidad secundaria a eyaculación retrógrada (...) no interfería con la ejecución de ninguna actividad laboral [y por esa razón] se considera[ba] [al accionante] 100% apto para el cargo [civil] a desempeñar” constituye una contravención evidente al propio sistema de calificación estudiado, puesto que si dicha secuela padecida por el accionante fue susceptible de valoración porcentual en su calidad de militar también debía serlo en su calidad de empleado civil, como quiera que así lo dispuso el legislador para este régimen especial.

Por las razones expuestas, la Sala considera que la calificación de las entidades

competentes para valorar al peticionario, además de tener en cuenta los desarrollos posteriores de sus patologías originarias y, en ese sentido, ser actual, también debe observar un criterio de integralidad en los términos en que fue expuesto, considerando todos los elementos científicos y médicos para efectuar el examen más completo posible del estado sicofísico del accionante.

9.4. Ahora, frente a la pretensión de la pensión de invalidez, esta Sala aclara que mientras se encuentre pendiente la calificación por pérdida de capacidad laboral, el derecho a tal prestación no puede ser definido en esta sede. Sin embargo, de conformidad con lo analizado en el capítulo sobre el régimen pensional de la Fuerza Pública, se hace necesario precisar diversos elementos respecto del caso del señor Lozano Trujillo que explican por qué debe aplicársele la Ley 923 de 2004.

9.4.1. En primer lugar, para la Sala no pasa inadvertido que las patologías con base en las cuales se calificará al accionante fueron adquiridas durante vinculaciones de diferente naturaleza, es decir, una de tipo militar y otra de orden civil. Si bien para ambas vinculaciones se utilizan los mismos criterios de disminución de capacidad laboral, en la actualidad, el asunto sobre los porcentajes para optar por la pensión de invalidez no puede entenderse de manera homogénea, en la medida que la Ley 923 de 2004, tal como se analizó, establecería un porcentaje mínimo de invalidez para el personal militar y policial del 50% y el Decreto 1214 de 1990, por su parte, fija el 75% de disminución sicofísica para el personal civil o no uniformado. Sin embargo, para solventar esta dualidad de regímenes eventualmente aplicables al caso del señor Lozano Trujillo, la Sala considera pertinente recoger las propuestas enunciadas por esta Corporación en la sentencia T-518 de 2011 con motivo de una calificación mixta por patologías de origen común y profesional: “Cuando concurren eventos de una y otra naturaleza -común y profesional- en la determinación de la pérdida de capacidad laboral que conduzca a una pensión de invalidez, para establecer el origen y la fecha de estructuración, se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez.”[96]

En este caso, dado que se ordenará una calificación mixta y actualizada, los factores patológicos de origen militar y civil, adquiridos y desarrollados por el accionante pueden

concurrir simultáneamente, por lo que, a juicio de la Sala, el régimen pensional aplicable debe determinarse por el factor de mayor peso porcentual. Sin embargo, como quiera que esta Sala no conoce ni conocerá los resultados de tal dictamen ni el factor de mayor peso porcentual con el cual se determinará el régimen aplicable, se deberá advertir que en caso de que dicho factor sea de origen civil, la demandada deberá analizar la pretensión de la pensión de invalidez del demandante de conformidad con el régimen pensional establecido para el personal civil de la Fuerzas Armadas.

En el evento contrario, si el dictamen arroja que, en el caso del señor Lozano Trujillo, el factor de mayor valor porcentual para la determinación de la invalidez es de origen militar, la demandada solo podrá exigirle al accionante los requisitos pensionales del personal militar y policial, más no del civil, de conformidad con la Ley 923 de 2004 que demanda el 50% o más de pérdida de la capacidad laboral para obtener la pensión de invalidez.

9.4.2. Ahora bien, en principio, el régimen aplicable en materia de reconocimiento pensional al accionante sería el Decreto 1836 de 1979, vigente para la época de su accidente como militar, y el Decreto 2247 de 1984, el cual regulaba el aspecto de la invalidez para el personal civil al momento en que fue calificado por segunda vez en calidad de plomero vinculado al Ministerio de Defensa. Sin embargo, como quiera que el peticionario debe ser nuevamente dictaminado, la Sala es del criterio, tal como lo sostuvo la Corte en la sentencia T-038 de 2011, que si bien el señor Lozano Trujillo adquirió una pérdida de capacidad laboral bajo un régimen anterior, dicha disminución puede empeorar con el tiempo hasta el punto de convertirse eventualmente en una invalidez, por lo cual la normatividad aplicable debe ser aquella bajo la cual se estructura esta última. Bajo ese entendido, si el organismo Médico-Laboral competente para calificar al actor determina que tiene una pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50%, la Corte considera que el régimen aplicable, precisando que el mayor peso porcentual lo tiene su patología de origen militar, es el vigente al momento de esta última calificación, es decir, la Ley 923 de 2004.

En efecto, la Corte observa que cuando se produzca una pérdida de capacidad laboral degenerativa en invalidez y dicha disminución sea atribuible a una condición adquirida mientras la persona se encontraba vinculada a las fuerzas militares o policiales, sí es posible obtener el reconocimiento pensional de las instituciones respectivas, aun cuando la persona estuviere desvinculada de las mismas en la fecha para la cual se estructura la

invalidez. Lo anterior conclusión puede sostenerse, siempre que concurren los siguientes elementos: (i) que la vinculación del ciudadano a la fuerza pública esté relacionada, al menos parcialmente, con la prestación obligatoria del servicio militar, puesto que la relación de especial sujeción en estos casos, exige de las instituciones del Estado una respuesta reforzada y integral frente a la persona que, habiendo prestado su fuerza de trabajo en defensa y seguridad de la patria, resultó afectada como consecuencia de la prestación del servicio; (ii) que el perjuicio a la salud del ex - vinculado, así sea de carácter remoto, se haya originado con ocasión de la prestación del mismo servicio; y (iii) que la persona que reclama la prestación no tenga derecho a otra pensión por un régimen distinto, puesto que es posible que, el paso por la fuerza pública, en muchos casos, le hubiere generado a los ex - vinculados posteriores limitaciones que de alguna forma le impidieron participar ordinariamente de la vida laboral y en consecuencia, cotizar a otros sistemas pensionales.

Revisado el caso del señor Lozano Trujillo, se tiene que su paso por la fuerza pública estuvo mediado, en parte, por una relación de especial sujeción durante la cual se generó el accidente de 1984; así mismo el dictamen ordenado en esta providencia deberá determinar la relación del estado actual de salud del accionante con otras patologías remotas originadas durante la prestación servicio; y finalmente, la Sala advierte que el demandante no cuenta con prestaciones pensionales.

En vista de lo anterior, es posible concluir que el demandante, siempre que se determine su condición de inválido de acuerdo con el nuevo dictamen, sí podría obtener el reconocimiento pensional de las instituciones respectivas de conformidad con la Ley 923 de 2004, aun cuando hoy no está vinculado a la Armada Nacional. Asimismo, la Sala agregará un último razonamiento al respecto.

9.4.3. Por otra parte, frente a la aplicación retroactiva limitada de la citada Ley y la sentencia C- 924 de 2005, la Sala considera que en el caso estudiado, dado que los sucesos de disminución sicológica original ocurrieron con anterioridad al 7 de agosto de 2002, bajo esa premisa, en principio, no podría aplicarse dicha normatividad en la situación del señor Lozano Trujillo. Sin embargo, se observa que la acción de tutela en esta oportunidad, tal como en las sentencias T-677 de 2012 y T-599 de 2012, propone un análisis respecto de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, más no frente al derecho a la igualdad,

cargo por el que fue declarada exequible la disposición que solo amparaba los hechos ocurridos después del 7 de agosto de 2002. En este orden de ideas, dicho pronunciamiento jurisprudencial no resulta de precisa aplicación al caso estudiado y en tal sentido, considerando además el asunto de la eventual estructuración final de la invalidez tratado en el numeral 7.4.2., no existe dificultad en la aplicación temporal de la Ley 923 de 2004 en el caso del señor Lozano Trujillo.

9.4.4. Por las razones expuestas, la Sala amparará los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del peticionario y, en tal sentido, ordenará a la Armada Nacional para que, a través de los órganos médico-laborales de la misma entidad, proceda a calificar en forma actual e integral al señor Luis Eduardo Lozano Trujillo. Entendiendo por actual, que el dictamen incorpore todos los padecimientos originales y recientes del peticionario, y que fije un porcentaje de los mismos siempre que sean consecuencia, inmediata e inclusive remota de la prestación del servicio durante su vinculación tanto como en calidad de militar como en condición de civil. Asimismo, respecto de la integralidad, la calificación deberá incorporar el estado global de invalidez, estimando tanto las patologías producto de su vinculación como militar y su vinculación como civil.

Finalmente, deberá prevenirse a la entidad demandada para que, en caso de que el factor de mayor peso porcentual de la calificación sea de origen civil, analice la pretensión de la pensión de invalidez del demandante de conformidad con el régimen pensional establecido para el personal civil de la Fuerzas Armadas. En el caso contrario, si el factor de mayor peso porcentual que determina la calificación tiene origen militar, la demandada deberá aplicar la Ley 923 de 2004, y en consecuencia, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es igual o mayor 50%, la entidad deberá reconocer al señor Lozano Trujillo la pensión de invalidez de conformidad con dicha ley.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada, en segunda instancia, el 30 de enero de 2014

por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera-, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y en consecuencia se negó el amparo de los derechos del accionante. En su lugar, CONFIRMAR, por las razones expuestas, la decisión del 4 de octubre de 2013 proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección B-, que amparó los derechos fundamentales invocados, dentro del trámite de la acción de tutela promovida por Luis Eduardo Lozano Trujillo contra el Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional-. En tal sentido, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante en relación con la recalificación de su pérdida de capacidad laboral y condicionalmente, respecto de la pensión de invalidez.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional- que, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de esta sentencia, a través de los órganos médico-laborales de la misma entidad, inicie el proceso de calificación del accionante, sin que el desarrollo y culminación del mismo pueda extenderse más allá de 4 meses contados a partir del mismo término.

La calificación de que trata este numeral, deberá efectuarse de forma actual e integral; entendiendo por actual, que el dictamen del señor Luis Eduardo Lozano Trujillo, debe incorporar todos sus padecimientos originales y recientes, y debe fijar un porcentaje de los mismos siempre que sean consecuencia, inmediata e inclusive remota de la prestación del servicio durante su vinculación militar y civil con la entidad demandada. Asimismo, respecto de la integralidad, la calificación del peticionario deberá incorporar el estado global de su invalidez, estimando tanto las patologías producto de su vinculación como militar y su vinculación como civil, sin hacer ninguna separación de las mismas para efectos de fijar el respectivo porcentaje.

CUARTO.- Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-530/14

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos ex tunc y ex nunc (Aclaración de voto)

DEROGATORIA DE UNA LEY-Efectos (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-4.286.063

Acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Lozano Trujillo contra Ministerio de Defensa Nacional -Sanidad de la Armada Nacional-.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Aunque comparto la decisión tomada por la Sala, disiento de las consideraciones efectuadas en el numeral 8.13, en relación con la interpretación y el alcance del artículo 14 de la Ley 153 de 1887, en cuanto señaló: “Por otra parte, tampoco podrían revivirse las

disposiciones que la norma declarada nula había derogado, puesto que la Ley 153 de 1887 en su artículo 14 es clara al señalar que “Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.” Y hasta el momento, las normas derogadas por el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 no han sido reproducidas en una regulación nueva sobre el porcentaje de invalidez para militares y policiales. “, por la razón que a continuación brevemente expongo:

El artículo 14 de la ley 153 de 1887 establece que una ley derogada no revive por las referencias que a ella se hagan ni por haber sido abolida la ley que la derogó, y solo recobra su fuerza jurídica en la forma que aparezca reproducida en una nueva norma. Dicho artículo regula los efectos de la derogatoria de las leyes mas no se refiere a los de las inexequibilidades o nulidades, y aunque pudieran confundirse todos ellos, la derogatoria de una norma constituye un elemento propio de la actividad legislativa, mientras que la inexequibilidad o la nulidad son fenómenos de la teoría jurídica relacionados con otros asuntos. La mencionada disposición establece las consecuencias jurídicas de la derogatoria, en cuanto a la reproducción de una ley derogada[97]. En la sentencia C-608 de 1992, la Corte advierte que:

“Si en verdad, hay similitudes entre estas figuras, en cuanto al efecto erga omnes y respecto a que en principio la vigencia es profuturo, salvo casos especiales-, por el contrario, la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, mientras la inexequibilidad es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Luego, dentro del ordenamiento jurídico no es lo mismo inexequibilidad que derogación.” (resaltado fuera del texto)

Adicional a lo anterior, en relación con los efectos de los fallos de nulidad proferidos por el Consejo de Estado, al desaparecer las normas jurídicas anuladas sí recobran vida y vigencia las que fueron derogadas por la declarada nula -efectos ex tune-.

En el caso en concreto, vale la pena precisar que el fundamento para declarar la nulidad[98] del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, fue que dicho Decreto lo expidió el Presidente de

la República fuera de la órbita competencial señalada por el Congreso en la Ley 923 de 2004, lo anterior en consideración a que el contenido normativo del artículo 30 resulta contrario al señalado por la Ley Marco, pues esta determina que la disminución de la pérdida de capacidad laboral no puede ser inferior al 50%, en consecuencia, el Decreto 4433 de 2004 al establecer que, no existe el derecho cuando la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 75%, excluye a quienes deberían ser beneficiarios del mismo, conforme lo prescribe la Ley 923 de 2004.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante auto del 31 de marzo de 2014. Folios 9 al 14 del cuaderno de Revisión.

[2] Resolución Nro. 0028 del 19 de enero de 1983, por la cual se da de alta a un personal de infantes de marina de la Armada Nacional. Folio 120 del cuaderno principal.

[3] “El infante [el accionante], se encontraba de guardia saliente, por lo cual el señor TEIM LOPEZ VERA CARLOS le ordenó a los infantes salientes de guardia, que fuesen a efectuar cada uno sus respectivos lavados de ropa, los cuales procedieron a cumplir dicha orden, y como a la media hora de esta labor llevada a cabo, en los tanques de combustible de este batallón, cerca de los botes y aledaño al sitio de guarda parque de la BN31, se escuchó una detonación, por lo cual salió a ver que acontecía, encontrándose con que el infante LOZANO TRUJILLO LUIS se encontraba herido en el momento que se dedicaba a secar la ropa; por lo cual lo recogieron y procedieron a llevarlo al Hospital Naval.” Lo anterior, se explica porque otro infante se encontraba dentro del guardaparque de la BN31 “(...) efectuando la labor de limpieza dentro del mismo de una pistola, el día 30 de marzo de 1984, siendo aproximadamente las 10:35R, produciéndose en forma accidental un disparo de la misma pistola y dentro de las mismas instalaciones del guardaparque, por lo cual el disparo atravesó una de las paredes-lamina del aposento y salió que en esos precisos momentos se encontraba [el actor], procediendo a secar las respectivas prendas militares, y en forma accidental recibió en su humanidad el impacto del proyectil(...)”. Estos testimonios fueron recogidos por la investigación administrativa efectuada en el caso del

petionario y consignados en el informe del 9 de agosto de 1984 por el Comandante del Batallón Fusileros. Asimismo, en el mismo informe, el comandante de la Fuerza Naval del Sur afirmó que: “Este Comando de Fuerza, es unánime (...) en el sentido de aprobar y conceptuar que la lesión sufrida por la víctima, se desarrolló en actos del servicio y por razón del mismo.” Folios 15 al 17 del cuaderno principal.

[4] La calificación se hizo de conformidad con el Decreto 1836 de 1979. Así, por esterilidad le correspondió el Numeral 9-067b) Índice Catorce. Folio 123.

[6] Información que se desprende de la respuesta de la demandada, de la orden administrativa de personal 595 del 4 de noviembre de 1999 y de la certificación de la pertenencia al Subsistema de Salud de la Fuerzas Militares a través de la Armada Nacional, expedida el 16 de febrero de 2004. Folios 68, 117 y 125 del cuaderno principal.

[7] Sentencia en sede de impugnación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia proferida el 14 de marzo de 2000. Folios 137 al 141 del cuaderno principal.

[8] El porcentaje de pérdida de capacidad laboral fue determinado de conformidad con el Decreto 094 de 1989 según el numeral 1-062, literal A e índice 5. Folios 32 a 39 del cuaderno principal.

[9] Folios 40 a 42 del cuaderno principal.

[10] Diagnosticado el 25 de octubre de 2012. Folio 82 del cuaderno principal.

[11] Las incapacidades se extendieron hasta el 23 de junio de 2013, luego de varias prórrogas, y el tratamiento por quimioterapia se programó hasta el 3 de mayo del mismo año. Folios 78 a 110 del cuaderno principal.

[12] Con el fin de que la demandada le reconociera algún tipo de prestación social o un emolumento por el servicio prestado, incluida la pensión de invalidez, el accionante presentó derechos de petición en octubre de 1999, en julio de 2007, en enero de 2009 y en febrero de 2010. Folios 44 al 51 del cuaderno principal.

[13] Solicitudes y respuesta visibles a folios 52 a 65 del cuaderno principal.

[14] Esto último fue afirmado por el accionante en el escrito enviado a esta Corporación el 21 de abril de 2014.

[15] A lo largo de su historia clínica el ente asegurador es la Secretaría de Salud del Departamento del Meta, asimismo el accionante aportó en sede de revisión su estado validado de conformidad con la encuesta del SISBEN y un puntaje de 49, 96. Folio 78 a 110 del cuaderno principal y 17 al 75 del cuaderno de revisión.

[16] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[17] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[18] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[19] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[20] Aparece a Folios 156 a 158 del cuaderno 1.

[21] Continuación de su historia clínica a folio 34 del cuaderno de revisión.

[22] Exámenes diagnósticos por la Fundación Cardioinfantil- Instituto de Cardiología del mes de febrero de 2013 visibles a folios 52 a 57 del cuaderno de revisión.

[23] Folio 20 del cuaderno de revisión.

[24] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[25] En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-526 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-016 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-692 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-905 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1084 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1009 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-792 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-825 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-243 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-594 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-189 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-299 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-265 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-691 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-883 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-328 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras

[26] En la Sentencia SU- 961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, puede leerse la interpretación completa de la Corte al respecto.

[27] Sobre el tema, puede consultarse la sentencia C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, pertinentes en el tema de la caducidad de la acción de tutela.

[28] En Sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de Revisión hizo una reiteración del tema.

[29] Al respecto pueden verse las sentencias T-179 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-145 de 2011 (Mauricio González Cuervo).

[30] Ver, entre otras, las sentencias T-708 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), y SU-189

de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[31] Ver, entre otras, las sentencias T-456 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-076 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-160 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-546 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-594 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-522 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1033 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-595 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Citadas por la Sentencia T-494 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[32] Ley 1437 de 2011. “Artículo 104. De La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.”

[33] Ley 1437 de 2011 “Artículo 138. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.// Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

[34] El 22 y 27 de junio de 2013 al accionante le fueron practicadas una gammagrafía y dos resonancias magnéticas, de conformidad con la historia clínica visible a folios 90 a 92 del cuaderno principal. Así mismo, el 29 de agosto, un mes después, tuvo que asistir a controles médicos y el 17 de diciembre de 2013 también. Finalmente, se observa en las pruebas obrantes a folios 78 a 82 del mismo cuaderno que el peticionario estuvo internado por “imposibilidad para la movilización” en el mes de septiembre de 2013.

[35] “Recursos. Artículo 74. Recursos Contra Los Actos Administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito. No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.”

[36] Sentencia T-1040 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[37] Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia señala lo siguiente: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.” (subrayado fuera de texto).

[38] El artículo 248 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de dicha ley para que “(...)organice al sistema de salud de las fuerzas militares y de policía y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, en lo atinente a:// a) Organización estructural; //b) Niveles de atención médica y grados de complejidad; // c) Organización funcional; // d) Régimen que incluya normas científicas y administrativas, y// e) Régimen de prestación de servicios de salud.// 7. Precisar las funciones del Invima y proveer su organización básica. Facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios que garanticen el adecuado funcionamiento de la entidad. // 8. Reorganizar y adecuar el Instituto Nacional de Cancerología, los sanatorios de contratación y de Agua de Dios y la Unidad Administrativa Especial Federico Lleras Acosta, que prestan servicios de salud para su transformación en empresas sociales de salud. Para este efecto facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios.”

[39] El inciso 13° del Artículo 48 Superior modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005 indica que: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.” Asimismo, la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 279 que “El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.”

[40] Para un desarrollo más extenso sobre este tema, se sugieren las Sentencias T- 176 de 2011 y T-1040 de 2008.

[41] “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.”

[42] “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

[43] “Por el cual se establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial”

[44] La determinación del porcentaje de pérdida de capacidad sicofísica guarda estrecha relación con el nivel de gravedad de cada incapacidad. Al respecto pueden revisarse los artículos 8 del Decreto 1836 de 1979 y 15 del Decreto 094 de 1989, los cuales clasifican las incapacidades e invalideces así: “a) Incapacidad relativa y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante el tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas del organismo obtenga su recuperación total.// b) Incapacidad absoluta y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que suprimen transitoriamente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas del organismo, logren su recuperación total.// c) Incapacidad relativa y permanente. Es la determinada por lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona sin ser susceptibles de recuperación por ningún medio.// d) Incapacidad absoluta y permanente o invalidez. Es el estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas, no susceptibles de

recuperación por medio alguno, que incapacitan en forma total a la persona para ejercer toda clase de trabajo. Cuando el inválido no pueda moverse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia, sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez.”

[45] Sentencia T-798 de 2011

[46] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[48] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[49] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[50] Unidad de Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social.

[51] En este sentido, también lo reitera la sentencia T-646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[52] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[53] Corresponde al Manual único de calificación de invalidez (Decreto 917/99), Libro 1º artículo 12, ítem 1.1 del sistema músculo-esquelético, al ítem 1.5 de las amputaciones y a la tabla 1.85.

[54] Corresponde al Manual único de calificación, Libro 2º, art. 13, tablas N° 1,2 y 3.

[55] Corresponde al Manual único de calificación, Libro 3º, art. 14, tabla N° 2.

[56] Aunque el campo de aplicación del Decreto 094 de 1989 es claro y se extiende también al personal civil, existe una razón adicional para sostener que los criterios de valoración por pérdida de la capacidad sicofísica de dicho decreto deben aplicarse a este último grupo poblacional. Actualmente, el régimen pensional del personal civil se rige por lo dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, el cual en su artículo 108 dispone que “La calificación de la invalidez se hará por medio de los organismos médico laborales militares y de la Policía Nacional, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.” Dado que la disposición vigente sería lo reglamentado por el Gobierno Nacional según el Decreto

1796 de 2000, y tal regulación no existe, pues se llegaría nuevamente a la conclusión de que lo aplicable para civiles vinculados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 es lo dispuesto por el Decreto 094 de 1989.

[57] El Decreto 1836 de 1979 establece en su Artículo 30. “IRREVOCABILIDAD. Las decisiones del Tribunal Médico-laboral de Revisión Militar y de Policía, no podrán ser modificadas. Se exceptúan de esta norma los casos especiales de modificación de la invalidez a que se refiere el Artículo 38 del presente Decreto.” Así mismo, el artículo 31 del Decreto 094 de 1989 estipuló: “IRREVOCABILIDAD. Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, no podrán ser modificadas. Se exceptúan de esta norma los casos especiales de modificación de la invalidez a que se refiere el artículo 10 del presente Decreto.” En el mismo sentido, el Decreto 1796 de 2000 señaló en su artículo 22 que “Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.”

[58] Decreto 1836 de 1979. “ARTÍCULO 38. EXÁMENES DE REVISIÓN A PENSIONADOS. Los Pensionados por Incapacidad Relativa Permanente y Absoluta Permanente o Invalidez, se someterán a exámenes médicos de revisión cuando el Ministerio de Defensa o la Dirección General de la Policía lo determinen. El dictamen médico se circunscribirá a la lesión o lesiones que originaron la pensión.

Si de los exámenes a que se refiere el inciso anterior se encuentra que la incapacidad presenta modificación, el Tribunal Médico-laboral de Revisión Militar y de Policía, procederá a definir el caso mediante reclasificación de la incapacidad de acuerdo con la situación encontrada en la revisión.

En caso de incumplimiento por parte del Pensionado de esta disposición, se suspenderá el pago de la pensión, hasta cuando se cumpla el requisito exigido.

En caso de modificación, de la situación sicofísica o laboral del Pensionado, el Tribunal Médico-laboral Militar y de Policía, procederá a informar al Ministerio de Defensa o a la Dirección General de la Policía Nacional para que modifique la disposición que reconoció la prestación.” Igualmente, el Decreto 094 de 1989 consigna en su artículo 10: “Los pensionados por incapacidad relativa permanente o invalidez, se someterán a exámenes

médicos de revisión cuando el Ministerio de Defensa o la Dirección General de la Policía Nacional lo determinen. El dictamen médico se circunscribirá a la lesión o lesiones que originaron la pensión.// Si de los exámenes a que se refiere el inciso anterior se encuentra que la incapacidad presenta modificación, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar de Policía procederá a definir el caso mediante reclasificación de la incapacidad de acuerdo con la situación encontrada en la revisión.// En caso de incumplimiento por parte del pensionado de esta disposición, se suspenderá el pago de la pensión hasta cuando cumpla el requisito exigido.// En el evento de modificación, de la situación sicofísica o laboral del pensionado, el Tribunal Médico Laboral Militar y de Policía, procederá a informar al Ministerio de Defensa o a la Dirección General de la Policía Nacional para que modifiquen la disposición que reconoció la prestación.” La misma hipótesis es contemplada por el artículo 10 del Decreto 1796 de 2000 “La Dirección de Sanidad de cada Fuerza o de la Policía Nacional, realizará por lo menos una vez cada tres (3) años exámenes médicos de revisión al personal pensionado por invalidez.// En caso de evidenciarse que no persiste la patología que dio origen a la prestación, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procederá a revisar el caso.// PARAGRAFO 1o. La evaluación se llevará a cabo aplicando las mismas normas con las cuales se otorgó el derecho a pensión.// PARAGRAFO 2o. El incumplimiento de esta disposición por parte del pensionado, previo requerimiento en dos (2) oportunidades, dará lugar a la suspensión del pago de la pensión hasta cuando cumpla el requisito exigido.// PARAGRAFO 3o. Cuando la pensión sea originada por patologías psiquiátricas se deberá presentar certificación del tratamiento realizado y concepto actualizado del médico psiquiatra tratante.// PARAGRAFO 4o. El Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional señalará los procedimientos generales que seguirán para la realización de dichos exámenes.”

[59] Corte Constitucional, Sentencia T- 493 del 20 de mayo de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, posición reiterada en la Sentencia T-140 del 15 de febrero de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[60] Estas reglas fueron enunciadas por primera vez en la sentencia T- 493 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[61] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[62] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[63] “ARTÍCULO 60. PENSIÓN DE INVALIDEZ DE PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES.<Derogado tácitamente por el artículo 96 del Decreto 94 de 1989. Ver Resumen de Notas de Vigencia> A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquiera 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 de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%. 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 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%.

ARTÍCULO 61. <Derogado tácitamente por el artículo 96 del Decreto 94 de 1989. Ver Resumen de Notas de Vigencia> Pensión de Invalidez del Personal de Soldados y Grumetes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera 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 así:

a. El 50% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%. fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.

b. El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.

ARTÍCULO 62. PENSIÓN INVALIDEZ DE LOS ALUMNOS DE LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, adquiera una incapacidad en actos del servicio y por causa y razón del mismo 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 así:// a. Alumnos Escuelas de Formación de Oficiales.// El 75% del sueldo básico de un Subteniente o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% hasta el 94%.// El 100% del sueldo básico de un Subteniente o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.

b. Alumnos Escuelas de Formación de Suboficiales y Agentes.// 1 El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de capacidad sicofísica del 75% hasta el 94%.// 2 El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.”

[64] “ARTÍCULO 63. PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA POLICÍA NACIONAL. El Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, para efectos de pensión de invalidez, se regirá por lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto ley 610 de 1977 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.”

[65] “ARTÍCULO 88. PENSIÓN DE INVALIDEZ. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que adquieran invalidez por una pérdida igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%), de su capacidad laboral, tendrá derecho, mientras subsista la invalidez, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en el Artículo 85 de este Estatuto, así:// El cincuenta por ciento (50%), de dichas partidas, cuando la pérdida, de la capacidad laboral sea de setenta y cinco por ciento (75%).// El setenta u cinco por ciento (75%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).// El cien por ciento (100%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// PARAGRAFOo. La pensión de invalidez excluye la indemnización.”

[66] “ARTÍCULO 92.- PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA POLICÍA NACIONAL. El personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía

Nacional, para efectos de pensión de invalidez, se regirá por lo dispuesto en el Decreto-ley 2247 de 1984 y normas que lo modifiquen o adici

[67] Decreto 094 de 1989: “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, (...) //ARTÍCULO 90. PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL DE SOLDADOS Y GRUMETES. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal e Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera 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 así:// a). El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución dela capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%./ b). El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente cuando el ídnice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%./ ARTÍCULO 91. PENSIÓN DE INVALIDEZ DE LOS ALUMNOS DE LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales, Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, adquiera una incapacidad en actos del servicio y por causa y razón del mismo 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 así:// a). Alumnos Escuelas de Formación de Oficiales:// 1.- El 75% del sueldo básico de un Subteniente o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%./ 2.- El 100% del sueldo básico de un Subteniente o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%./ b). Alumnos Escuelas de Formación de Suboficiales y Agentes:// 1.- El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%./ 2.- El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la

capacidad sicofísica igual o superior al 95%.” Decreto 2247 de 1984: “ARTÍCULO 102. PENSIÓN POR INVALIDEZ. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que adquiera invalidez por una pérdida igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) de su capacidad laboral, tendrá derecho, a una pensión mensual, pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en los últimos haberes y teniendo en cuenta las partidas señaladas en el artículo 98 de este Estatuto, así:// a) El cincuenta por ciento (50%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del Setenta y cinco por ciento (75%);// b) El setenta y cinco por ciento (75%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%);// c) El ciento por ciento (100%), de dichas partidas, Cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).”

[68] “ARTÍCULO 106. PENSION POR INVALIDEZ. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que adquiera invalidez por una pérdida igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) de su capacidad laboral, tendrá derecho, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en los últimos haberes y teniendo en cuenta las partidas señaladas en el artículo 102 de este Estatuto, así:// a. El cincuenta por ciento (50%) de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del setenta y cinco por ciento (75%).// b. El setenta y cinco por ciento (75%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).// c. El ciento por ciento (100%), de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).”

[69] “ARTICULO 114. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Decreto-ley 1214 de 1990 y el Decreto 2909 de 1991, con excepción de las relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional.”

[70] “ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACION. El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus

equivalentes en la policía nacional.// 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 indemnizaciones y pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989.// PARAGRAFO. El personal que aspire a vincularse a partir de la vigencia del presente decreto como civil del Ministerio de Defensa o de las Fuerzas Militares, o como no uniformado de la Policía Nacional, deberá cumplir con los requisitos de aptitud psicofísica exigidos para el desempeño del cargo, de acuerdo con lo establecido por este decreto.”

[71] “ARTICULO 28. CLASIFICACION DE LAS INCAPACIDADES. (...) PARAGRAFO. Se considerará inválida la persona cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75% de disminución de la capacidad laboral.//

ARTICULO 38. LIQUIDACION DE PENSION DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:// a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).// b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).// c. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// PARAGRAFO 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.// PARAGRAFO 2o. El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiéndose, en lo referente a las

pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989.//

ARTICULO 39. LIQUIDACION DE PENSION DE INVALIDEZ DEL PERSONAL VINCULADO PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y liquidada como a continuación se señala:// a. El setenta y cinco por ciento (75%), del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, 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%) del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, 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%), del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// PARAGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio será el sueldo básico de un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional.// PARAGRAFO 2o. Para los soldados profesionales, la base de liquidación será igual a la base de cotización establecida en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales.// PARAGRAFO 3o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%no se generará derecho a pensión de invalidez.

ARTICULO 40. PENSIONES DE INVALIDEZ PARA LOS ALUMNOS DE LAS ESCUELAS DE FORMACION DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES O SU EQUIVALENTE EN LA POLICIA NACIONAL.

Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, por causa y razón del mismo, el personal de que trata el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto y liquidada como a continuación se señala:// a. El setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios básicos que se indican en el párrafo primero de este artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por

ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).// b. El ciento por ciento (100%) de los salarios básicos que se indican en el párrafo 1o de este artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// PARAGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión para los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales será el sueldo básico de un Subteniente.// Para los alumnos de las escuelas de formación de Suboficiales, la base de liquidación será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.// PARAGRAFO 2o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.// ARTÍCULO 41. PENSIONES DE INVALIDEZ PARA LOS ALUMNOS DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, por causa y razón del mismo, el personal de que trata el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto y liquidada como a continuación se señala:// 1. El setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios básicos de un patrullero, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).// 2. El ciento por ciento (100%) de los salarios básicos de un patrullero, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// PARAGRAFO. La base de liquidación de la pensión para los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales será el sueldo básico de un Subteniente.// Para los alumnos de las escuelas de formación de Suboficiales, la base de liquidación será el sueldo básico de un Cabo Tercero.”

[72] “Artículo 3. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...) 3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito

para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro.”

[73] Ley 923 de 2004: “Artículo 6°. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley.”

[74] Artículo 27 del Decreto citado.

[75] Ley 923 de 2004: “Artículo 31. Liquidación de la pensión de invalidez originada en combate o actos meritorios del servicio. En virtud de la naturaleza especial de las circunstancias en que puede originarse la disminución de la capacidad laboral, la pensión de invalidez de que trata el artículo anterior se incrementará en los porcentajes que a continuación se indican, cuando se originen en combate, o en actos meritorios del servicio, o por 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 en cumplimiento de una orden de operaciones, los cuales serán descontados para efectos de la sustitución pensional:// 31.1 El tres por ciento (3%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta por ciento (80%).// 31.2 El tres punto cinco por ciento (3.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta por ciento (80%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).// 31.3 El cuatro por ciento (4%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa por ciento (90%).// 31.4 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa por ciento (90%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).// 31.5 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al noventa y cinco por ciento (95%) y el pensionado por invalidez no requiera del auxilio previsto en el parágrafo tercero del artículo 30 del presente decreto.”

[76] Ley 923 de 2004 “Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión

Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:// 30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).// 30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).// 30.3 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%).// Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.// Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.// Parágrafo 3°. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”

[77] Ley 923 de 2004: “Artículo 33. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez del personal de alumnos de las escuelas de formación. Cuando, mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y de Oficiales y miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se les determine una

disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida durante el servicio, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro, 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:// 33.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).// 33.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).// 33.3 El noventa y cinco por ciento (95%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).// Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal de alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales, será el Sueldo Básico de un Subteniente y la del personal de alumnos de las Escuelas de Formación de Suboficiales, será el Sueldo Básico de un Cabo Tercero o su equivalente en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.// Parágrafo 2°. A partir de la vigencia del presente decreto cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”

[78] “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 del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o 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 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.// Parágrafo 1°. Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.// Parágrafo 2°. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas.”

[79] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[80] Asimismo, sobre la cuestión de que la norma contemplara una retroactividad limitada y no ilimitada como pretendía el accionante, esta Corporación señaló que dicha previsión tampoco resultaba contraria al principio de igualdad: “la retroactividad prevista por el legislador, no se orienta a brindar protección a unas personas que hubiesen estado desprovistas de ella, sino que busca permitir que, dentro de las limitaciones que impone la situación de las finanzas públicas, algunas de tales personas, en razón de la proximidad de sus circunstancias [en 2002] con el momento del tránsito legislativo [en 2004], pudiesen beneficiarse de las condiciones previstas en el nuevo régimen.”

[81] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[82] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[83] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[85] Aparte de las consideraciones de la sentencia T-595 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño): “De acuerdo con el análisis realizado, esta Sala encuentra que la acción no es procedente ya que el actor no ejerció las acciones ordinarias para la protección del derecho fundamental presuntamente vulnerado; pero por otro lado, se percibe cómo el peticionario y su grupo familiar, ven amenazados sus derechos fundamentales por una decisión administrativa que desconoce un pronunciamiento de esta Corporación [respecto de la aplicabilidad de la Ley 923 de 2004].”

[86] Ibídem.

[87] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[88] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[89] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[90] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[91] La acción de tutela contenida en el expediente T-3.077.541 y estudiada por la Corte en la sentencia T- 839 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que se decidió aplicar el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, cuando la lesión del demandante había ocurrido el 11 de noviembre de 1990, antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004.

[92] M.P. María Victoria Calle Correa.

[93] Radicación: 110010325000200700061 00. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Actores: José Bime Calderón y Jesús Escobar Valor. Notificada por edicto, según el sistema de la Rama Judicial, el 3 de mayo de 2013.

[94] Existen argumentos en favor de esta postura en algunas sentencias del Consejo de Estado. Con ocasión de la distinción entre los efectos de las sentencias de nulidad y las de inconstitucionalidad, inicialmente dichos argumentos estuvieron incorporados en una aclaración de voto del Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez a la Sentencia del 11 de febrero de 2014 (18534) C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Con posterioridad han sido reiterados por la Sentencia 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28741) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado C.P. Jorge Enrique Gil Botero, Goodyear de Colombia S.A. v.s. Nación-Congreso de la República. Tal criterio, recuerda que la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general produce efectos ex tunc, es decir, aquellos que “(...) implican la eliminación del ordenamiento jurídico del acto declarado nulo desde su nacimiento y, por ende, se debe tener como si nunca hubiese existido.” En ese sentido, la declaratoria de nulidad general implica que las disposiciones derogadas por la norma que fue declarada nula cobren vigencia en el ordenamiento jurídico: “Todo, porque al desaparecer las normas objeto de la declaración de constitucionalidad, no “revivirán” las anteriores de la misma

naturaleza –efectos ex nunc–; en tanto que cuando se trate de una sentencia de nulidad, sí recobrarán vida y vigencia las que fueron derogadas por la declarada nula –efectos ex tunc–.”

[95] Recuérdese que, dado que el Gobierno Nacional no reglamentó en su momento este asunto según el exhort

o del Decreto 1796 de 2000, actualmente, el cálculo para obtener el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sigue siendo el dispuesto por el Decreto 094 de 1989, tanto para militares y policiales como para el personal civil o no uniformado vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

[96] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[97] Frente al tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas oportunidades C-145 de 1994, C-608-1992, C-055 de 1996, y C-402 de 2010, entre otras. Dicha posición también ha sido aceptada por el Consejo de Estado en cuanto “La declaratoria de inexequibilidad de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas, siempre que ello se requiera para asegurar la superioridad del texto fundamental. En cambio, una ley derogada no se puede revivir, ni por las referencias que de ella se haga en otras disposiciones, ni por el hecho de haber sido abolida la ley que la derogó, por lo que recobra su fuerza normativa cuando aparezca reproducida en una ley nueva, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887” (Radicación No interno 15 ;18, 14 de junio de 2007).

[98] Consejo de Estado, Sección Segunda CP DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ, Radicación: 110010325000200700061 00 , N° Interno 1238-2007.28 de febrero de 2013.