El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 29 de abril de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2019-00100-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Edwin Fernández Pimienta

Accionado: Ministerio de Defensa Nacional y otros

Juzgado de origen: Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO.**

… de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: “(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional”.

… teniendo en cuenta que lo atacado por el accionante en la presente acción constitucional, es la falta de aplicación de los artículos 87 y 88 del decreto 094 de 1989 en el acta No. 38085, expedida por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, encuentra la Sala, que la controversia que se genera requiere de un estudio minucioso y detenido del caso en particular, seguido de un debate probatorio amplio que se surta con el ánimo de determinar a quién le asiste razón; en ese sentido, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por tratarse de un asunto de carácter administrativo, resulta ser el medio de defensa judicial más idóneo y expedito para dirimir este conflicto, por cuanto el restringido término de la acción constitucional lo impide.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

**Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Abril 29 de 2019)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 20 de marzo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Edwin Fernández Pimienta** en contra del **Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional Dirección de Prestaciones Sociales,** a la cual se vinculó a la **Junta Médica Laboral del Ejército Nacional Dirección de Sanidad**, por medio de la cual solicita que se ampare su derecho al mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.

#### La demanda

El aludido accionante solicita que se tutelen sus derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, y en consecuencia, se le ordene al **Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional- Dirección de Prestaciones Sociales**, el reconocimiento y pago de la Pensión de Invalidez a su favor, desde el momento de la acusación del derecho, y ordenar el pago de las mesadas no prescritas.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que ingresó al Ejército Nacional con código militar 1090076204, en calidad de soldado profesional, con tiempo de servicio de 3 años y 6 meses; señala que sufrió en combate lesiones graves, las cuales llevaron a la Junta Médica Laboral del Ejército, por medio de acta No. 38085, a calificarlo con pérdida de capacidad laboral del 48.84%, por lo que fue desvinculado del servicio.

Indica que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral señalado por la Junta Médica del Ejército, no es acorde con lo estipulado en el artículo 88 del decreto 094 de 1989, ya que si bien por medio del acta No. 38050 se establecieron los índices de lesiones 1ª) Numeral 1-192 Índice (6), 1B) Numeral 4-178 Índice (10) y 1C) Numeral 10-004 Literal B Índice (5), lo que consagra la norma anteriormente mencionada es que en los casos donde existen varios índices de lesiones, se debe aplicar la “Fórmula de Balthazar o “Fórmula de Combinación de Valores”.

Agrega que si se hubiera realizado el cómputo conforme a lo establecido en la norma señalada en precedencia, sería procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que según el decreto 1157 de 2014 artículo 2, cuando se presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez; del mismo modo, accedería a la pensión de invalidez en aplicación a lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 4433 de 2004 (declarado nulo), pues preceptúa que con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%, tendrá derecho a la prestación de pensión de invalidez.

Por último, manifiesta que se encuentra en un estado de invalidez grave y por lo tanto en estado de indefensión y desigualdad frente a las demás personas para acceder a una vida en condiciones dignas, y que no podría soportar un proceso administrativo, pues dicho mecanismo lo expondría a soportar largos años sin acceso al mínimo vital.

#### Contestación de la demanda

**Ejército Nacional Dirección de Prestaciones Sociales**

Es importante aclarar que la respuesta a la acción de tutela se realizó por fuera del término legal. Siendo así, indicó que existe una causal de improcedencia, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º, artículo 6 del decreto 2591 de 1991, por cuanto el accionante eleva sus pretensiones acerca de la ilegalidad del acta No. 38085, presentada por la Junta Médica Laboral el 27 de julio de 2010, y ésta debe ser discutida en la jurisdicción ordinaria.

Agregó que al accionante le fue practicado Tribunal Médico Laboral de Revisión militar y de policía arrojando el acta No. 879 de agosto de 2011. Por otro lado, manifestó que mediante Resolución Ministerial No. 15597 y Resolución Ministerial No. 4158 de 2010, se descentralizó las responsabilidades del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, por lo que realizó las respectivas remisiones por competencia a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, por ser el encargado de realizar las calificaciones de disminución de capacidad laboral y al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por ser el competente para pronunciarse con respecto del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, para que fueran vinculados a la presente acción, y por el contrario solicitar su desvinculación al carecer de legitimación en la causa por pasiva.

**Ministerio de Defensa Nacional**

Dentro del término concedido guardó silencio.

**Junta Médica Laboral del Ejército Nacional Dirección de Sanidad**

Dentro del término concedido guardó silencio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado negó por improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Edwin Fernández Pimienta, argumentando que la inconformidad del accionante recae sobre la decisión adoptada por la Junta Médica del Ejército Nacional Sección Sanidad, en el acta No. 38085 del 27 de julio de 2010, y la acción de tutela en el presente evento no puede ser utilizada como mecanismo transitorio, porque la controversia generada al ser de carácter administrativo, debe ser resuelta por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que la inconformidad recae estrictamente sobre el porcentaje de disminución de capacidad laboral que fue reconocido por la Junta Médica.

Asimismo, indicó que además de que no se vislumbra escrito que permita inferir que el acto administrativo No. 38085 del 27 de julio de 2010, fuera controvertido y por consiguiente recurrido ante el Tribunal Médico Laboral, se tiene que el caso en particular requiere un estudio amplio y minucioso, en donde se surta un debate probatorio que le permita a los interesados ejercer el derecho de contradicción, para así saber a ciencia cierta a quien le asiste razón; todo lo cual no puede presentarse en el trámite de una acción constitucional como ésta, porque su restringido término lo impide, de tal manera que el medio idóneo resulta ser un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa en materia laboral, ya que además, el accionante no demostró que se le esté causando un perjuicio irremediable.

#### Impugnación

El accionante impugnó la decisión, manifestando que la apreciación del Juzgado de origen es errónea puesto que, contrario a lo que éste indicó, se encuentra conforme con los índices establecidos por los médicos especialistas laborales en el acta No. 38085 y su inconformidad recae principalmente en que en dicho acto administrativo, no se aplicó la “Fórmula de Balthazar” o “Fórmula de combinación de valores”.

Agregó que al aplicar la Fórmula ibídem, el resultado de la combinación de los índices establecidos en el acta realizada por la Junta Médica del Ejército Nacional correspondería al valor de 19.63, que de acuerdo con la tabla A de evaluación de incapacidades, consagrada en el artículo 87 del decreto 094 de 1989, arrojaría un porcentaje de disminución de capacidad laboral de 95%, teniendo en cuenta que a la fecha de calificación el accionante contaba con 23 años de edad.

#### Consideraciones

**5.1 Problema jurídico por resolver**

Determinar si la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, al expedir el acta No. 38085 ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna del accionante

**5.2 La procedencia de la acción de tutela. La existencia de otro medio de defensa judicial. La tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable.**

En concordancia con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Honorable Corte Constitucional ha precisado que el juez constitucional es el llamado a proteger los derechos fundamentales que sean vulnerados con ocasión a una acción u omisión de un particular, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006[2] el Alto Tribunal precisó:

*“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”*

Aunado a lo anterior, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: *“(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional”.*

Respecto a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder prontamente; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

**5.3 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Edwin Fernández Pimienta acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la vida digna, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional- Dirección de Prestaciones Sociales, al no aplicar los artículos 87 y 88 del decreto 094 de 1989 en el acta No. 38085 expedida por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional el 27 de julio de 2010.

Cabe señalar que, teniendo en cuenta que lo atacado por el accionante en la presente acción constitucional, es la falta de aplicación de los artículos 87 y 88 del decreto 094 de 1989 en el acta No. 38085, expedida por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, encuentra la Sala, que la controversia que se genera requiere de un estudio minucioso y detenido del caso en particular, seguido de un debate probatorio amplio que se surta con el ánimo de determinar a quién le asiste razón; en ese sentido, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por tratarse de un asunto de carácter administrativo, resulta ser el medio de defensa judicial más idóneo y expedito para dirimir este conflicto, por cuanto el restringido término de la acción constitucional lo impide.

Por otro lado, en cuanto al perjuicio irremediable por el cual procede la acción como mecanismo transitorio, si bien se demostró su ocurrencia con la declaración extrajuicio No. 468 (fl. 19), en donde rindieron testimonio el señor Carlos Eduardo Londoño Alarcon y la señora Shelly Leandra Vergara Torres, para la Sala queda en duda el carácter urgente e inminente de este mismo, por cuanto el actor dejó transcurrir mucho tiempo entre la fecha de calificación de la Junta Médica, es decir el 27 de julio de 2010, y la instauración de la presente acción constitucional, que ocurrió el 8 de marzo de 2019.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 20 de marzo de 2019.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado