



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

| | |
|---------------------|--|
| Radicado No. | 050012331000200004200 01. |
| No. interno: | 2162-2012. |
| Actor: | Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz. |
| Demandado: | Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. |
| Trámite: | Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia. |
| Asunto: | Establecer si hay derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por la incapacidad adquirida cuando se desempeñó como soldado voluntario en el Ejército Nacional. |

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 30 de agosto de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho⁴, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 12644 del 9 de diciembre de 1999, por medio del cual el Subsecretario General del Ministerio de Defensa le

¹ Informe visible a folio 395.

² Demanda visible a folios 1 a 5 y aclaración obra a folios 22 y 23.

³ El abogado Luis Herneyder Arévalo.

⁴ Código Contencioso Administrativo, artículo 85.

negó el reconocimiento de pensión de invalidez y, así mismo, el reajuste de la indemnización por la disminución de la capacidad laboral.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en cuantía del 100% de lo que devenga un Cabo Segundo de las Fuerzas Militares, desde el momento en que resultó discapacitado en forma absoluta y permanente; (ii) reconocer y pagar el reajuste de la indemnización que legalmente le corresponda, descontando el valor que por este concepto le fue cancelada; (iii) que de conformidad con el artículo 177 C.C.A., la entidad condenada debe pagar al actor el equivalente a 1000 gramos de oro conforme a certificación que expida el Banco de la República, al momento de la sentencia como reparación de los perjuicios causados; y, (iv) dar aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz prestó su servicio como Soldado Voluntario en el Ejército Nacional desde el 13 de diciembre de 1990 hasta el 1° de julio de 1998.

El 12 de julio de 1995 en medio de una operación militar en la vereda Paso Real, jurisdicción del Municipio de Remedios (Antioquia), al pisar una mina "quebra patas" y ser expulsado por la onda explosiva recibió no solo un golpe en la columna vertebral, sino también esquirlas en las piernas y en el codo izquierdo.

El 27 de mayo de 1998 fue evaluado por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, quien mediante Acta No. 2789⁵ dispuso que fuera retirado de la institución por no estar apto para actividades militares por incapacidad "relativa y permanente" al determinarle una disminución de la capacidad laboral del (23,43%).

Por medio del Acta No. 1484 del 21 de septiembre de 1998 el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, al resolver la apelación, ratificó en todas y cada una de sus partes el anterior acto administrativo.

⁵ Visible a folio 14 a 17 del expediente.

Mediante Resolución No. 6232 del 5 de octubre de 1998, el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional y el Director de Prestaciones Sociales, le reconoció y ordenó el pago de la indemnización por la disminución de la capacidad laboral del (23,43%), equivalente a \$5,974,425.

Posteriormente, el 4 de octubre de 1999 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al Ministerio de Defensa Nacional y/o al Ejército Nacional, la cual le fue negada por medio de la Resolución 12644 del 9 de diciembre de 1999 por no cumplir con los términos previstos en el artículo 90 del decreto 094 de 1989, esto es, ostentar una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 20 y 215; Código Contencioso Administrativo, artículos 2 y 3; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 9; Decreto 2728 de 1968, artículos 3 y 4; Decreto 94 de 1989, artículos 15, 47, 77, 83, 87, 88 y 90.

Como concepto de violación de las normas invocadas, el demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto:

Su estado de salud se ha deteriorado de manera considerable, por ello, se debe aplicar el artículo 7º de la Ley 100 de 1993, así pues, se le reconocería la pensión de invalidez por la disminución de la capacidad laboral y la indemnización en proporción superior al puntaje reconocido.

Por último, mencionó que tanto el Honorable Consejo de Estado como los Tribunales Contenciosos Administrativos, han sostenido de forma unánime que cuando a un miembro de las fuerzas militares se le declara incapacitado para desempeñar su profesión debe ser indemnizado y pensionado.

1.3 Contestación de la demanda.

El Ministerio de Defensa Nacional, a través de su apoderada, solicitó negar las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos⁶:

⁶ Visibles a folio 27 a 30 del expediente.

Se debió demandar es el Acta de Junta Médica Laboral No. 2789 del 27 de mayo de 1998, por medio del cual se le determinó una incapacidad "relativa y permanente" por una disminución de la capacidad laboral del (23,43%), y no, el Oficio 12644 del 9 de diciembre de 1999, por lo mismo, se debe negar el reconocimiento de pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización.

Pero en caso de que no sé tenga en cuenta lo anterior, para que el actor pueda tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez debe acreditar una incapacidad "absoluta y permanente" igual o superior al 75% de conformidad con el artículo 90 del Decreto 094 de 1989, lo cual no se acreditó, como quiera que a través del Acta de Junta Médica Laboral se estableció que solamente ostentaba una disminución de la capacidad laboral del (23,43%).

Por último, el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz fue evaluado por personal idóneo de conformidad con las normas legales vigentes, quien no ha incurrido en desconocimiento alguno de las normas legales o constitucionales, así como tampoco, en ninguna otra causa de nulidad de los actos administrativos.

1.4 La sentencia apelada⁷.

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 29 de febrero de 2012, se inhibió de proferir sentencia de fondo respecto del pago de la indemnización por disminución de la capacidad laboral y negó las demás súplicas de la demanda. Lo anterior, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

En primer lugar no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno en relación con el reajuste a la indemnización de la pérdida de la capacidad laboral, en la medida en que no fue una petición que se realizara en sede administrativa, adicionalmente porque no demandó la Resolución 006232 de 5 de octubre de 2008, acto por medio de la cual le fue reconocido.

Expresó que el demandante no cumplió con la carga de la prueba como lo señala el artículo 177 del C.P.C., «pues no se evidenció una actividad diligente por parte del actor», para determinar la real disminución de la pérdida de la capacidad psicofísica; en tal virtud, como no fue demostrado el porcentaje de disminución de la capacidad

⁷ Visible a folios 133 a 140 del expediente.

laboral prevista en el artículo 90 del Decreto 094 de 1989, esto es, tener un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75%, no es viable acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En efecto, el porcentaje de la disminución de pérdida de la capacidad laboral según consta en el Acta de Junta Médica Laboral 2789, no posibilita ni siquiera «en aplicación del principio de favorabilidad pasar de un régimen especial o a uno general por la menor rigurosidad de este frente a las exigencias para la obtención de la pensión de invalidez»⁸, puesto que, de conformidad con lo establecido, en el régimen especial de las fuerzas militares corresponde a un porcentaje igual o superior al 75%, o igual o superior al 50% según la Leyes 100 de 1993 y 776 de 2002.

1.5 El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia con fundamento en los siguientes argumentos⁹:

Ciertamente la discapacidad laboral acreditada no cumple con los parámetros de la normatividad aplicable para acceder al reconocimiento y pago de pensión de invalidez, sin embargo, su estado de salud se ha deteriorado de manera ostensible, circunstancias que amerita realizar nuevos exámenes sicofísicos, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida y a la salud.

Por ello, solicitó aplicar el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 por ser una norma general y ordinaria, en caso de que la disminución de la capacidad laboral se acreditara igual o superior al 50%.

1.6 Concepto del Ministerio Público¹⁰.

La Procuradora Segunda rindió concepto en el cual solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

Precisó, que el dictamen del 19 de diciembre de 2013 practicado por la Junta de Calificación de Invalidez Regional del Meta, le determinó una disminución de la

⁸ Ver reverso de folio 139 del expediente.
⁹ Visible a folios 142 y 143 del expediente.
¹⁰ Visible a folio 184 a 191 del expediente.

capacidad laboral del (77.83%), en tal sentido, es dable el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por ello, en materia de reconocimiento de los derechos laborales se debe tener preferencia al aplicar la situación más favorable al trabajador, de conformidad con los principios mínimos fundamentales establecidos por la Constitución Política, de irrenunciabilidad, favorabilidad y garantía de la seguridad social (Art. 53 Constitución Política).

En sustento de lo anterior, citó diversas providencias¹¹ referentes a la debida protección a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que han sufrido alguna discapacidad en la prestación del servicio, de modo que, con el propósito de proteger sus derechos fundamentales "*si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas. La entidad puede mantenerlo en el servicio activo*", esto quiere decir, que si el demandante estaba apto para cumplir otras funciones apropiadas y oportunas en la prestación del servicio, se hubiera podido reubicar en la institución si era merecedor de ello.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Si el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en los términos establecidos en el Decreto 094 de 1989 o, en su defecto, la Ley 100 de 1993, dado que si bien es cierto al momento del retiro del servicio ostentaba una disminución de la capacidad laboral equivalente al 23.43%, lo cierto es que, a juicio del recurrente, tal pérdida se ha venido incrementado con el paso del tiempo.

Para desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: i) normas que han regulado la pensión por invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares;

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- Sentencia del 17 de marzo de 2011, Radicación No. 66001-23-31-000-2011-00024-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón. CORTE CONSTITUCIONAL- Sentencia T-696/11 del 20 de septiembre de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Y Sentencia C-293/10 del 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

ii) sectores excluidos de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993; iii) de la situación de invalidez frente al Sistema General de Pensiones; iv) de la inaplicación de los regímenes exceptuados en materia de seguridad social; v) de la Indemnización de la pérdida de la capacidad laboral en la Fuerza Pública; y, vi) del caso en concreto.

i) Normas que han regulado la pensión por invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares.

El Decreto 2728 de 1968, "por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares", estableció en el artículo 2° que para efectos de determinar, clasificar y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalideces e indemnización los Soldados y Grumetes quedaban sometidos al "(r)reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Posteriormente, el Decreto 1836 de 1979 se encargó en el título noveno de regular la pensión de invalidez de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, para lo cual estableció una regulación diferenciada según los diversos cargos desempeñados en dichas instituciones, tal y como se observa en sus artículos 60, 61, 62 y 63. No obstante lo anterior, la prestación establecida respecto de los miembros de cada entidad tenía en común la exigencia de una disminución en la capacidad sicofísica de por lo menos el 75%.

La anterior norma fue derogada por el Decreto 094 de 1989, mediante el cual se reformó el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional y se establecieron los distintos procedimientos a seguir para determinar el grado de invalidez, el reconocimiento de la pensión y las autoridades que participarían del procedimiento.

Con respecto de las condiciones para hacerse acreedor del derecho a la pensión de invalidez por parte de los Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, el artículo 90 del Decreto 094 de 1989 señaló que:

"(...) 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 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%.

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% (...)"

Posteriormente, el Decreto 1796 del 2000¹², determinó una pensión de invalidez 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 no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en función de la pérdida de la capacidad sicofísica, así:

"(...) ARTICULO 38. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Medico-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%).

¹² "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de 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, 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."

Radicado No. 050012331000200004200 01.

No. interno: 2162-2012.

Actor: Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

PARÁGRAFO 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.

PARÁGRAFO 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 1989¹³

(...) ARTICULO 39. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL VINCULADO PARA LA PRESTACIÓN 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:

(...)

PARÁGRAFO 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. (...). (Lo subrayado es de la Sala).

Esta normativa, expedida por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 del 2000, entró en vigencia el 14 de septiembre del 2000, y mantuvo la pensión de invalidez a partir de un porcentaje de pérdida de la capacidad sicofísica del 75%, en cuya función se determina el monto pensional, que paso del 50% al 75% de las partidas computables que establezcan las disposiciones que rigen la materia.

Dado que esta norma confió al Gobierno Nacional la reglamentación correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el decreto, dispuso un artículo transitorio para indicar que el procedimiento y criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989 hasta que aquella fuera expedida. De esta forma lo previó el artículo 48 del Decreto 1796 del 2000, así:

"(...) ARTICULO 48. ARTICULO TRANSITORIO. Hasta tanto el Gobierno Nacional determine lo correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el presente decreto, los criterios de calificación de la capacidad psicofísica, de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones y de la clasificación de las lesiones y afecciones, continuarán vigentes los artículos 47 al 88 del decreto 094 de 1989, excepto el artículo 70 de la misma norma (...)"

¹³ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-970-03 del 21 de octubre del 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 923 del 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En el artículo 3º numeral 3.5 se dispuso lo siguiente:

“(...) Artículo 3. Elementos mínimos. 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. (...)”

Igualmente, en el artículo 6º se estableció los efectos temporales de dicha norma en lo que tiene que ver con las pensiones de sobrevivencia y de invalidez; al respecto manifestó que, dichas prestaciones serían reconocidas para los hechos ocurridos desde el 7 de agosto del 2002, es decir que dispuso efectos retroactivos para la aplicación de la ley. Este artículo fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C – 924 del 2005, providencia en la cual se estudió una acción pública de inconstitucionalidad propuesta con fundamento en la vulneración del derecho a la igualdad.

En esa oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 6º de la Ley 923 del 2004 y, por lo tanto, consideró que la citada norma no vulneraba el derecho a la igualdad en tanto *“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 con el momento del tránsito legislativo, pudiesen beneficiarse de las condiciones previstas en el nuevo régimen”*.

Como consecuencia de las disposiciones contenidas en la Ley 923 del 2004, se expidió el Decreto Reglamentario 4433 del 2004¹⁴, el cual en su artículo 30 consignó los requisitos específicos que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía para acceder a la pensión de invalidez así:

"(...) 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 (...)"

El Decreto 4433 del 2004 contempló, en sus artículos 30 y 33, dos hipótesis respecto de este tipo de pensión, en las que se exige un 75% de pérdida de la capacidad laboral siempre que la afectación haya ocurrido durante el servicio, sin especificar que debiera ser por causa y razón de este. La principal diferencia entre el uno y el otro, además de la liquidación del monto en algunos casos, es el personal al que se encuentran dirigidas, puesto que el artículo 30 cobija 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; 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.

Así las cosas, a efectos de lograr el reconocimiento pensional aludido no solo era menester que el afectado presentara una pérdida de la capacidad superior al porcentaje mencionado en párrafos anteriores sino que además, las lesiones o la incapacidad debió ser causada en servicio activo y con ocasión del mismo; si bien

¹⁴ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

el artículo 6° de la Ley 923 del 2004 consagró el reconocimiento prestacional referido originado en misión del servicio en simple actividad, solo aplicaba a para situaciones consolidadas a partir del 7 de agosto del 2002.

El referido artículo 30 fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación en sentencia del 28 de febrero del 2013¹⁵ a través de la cual lo declaró nulo al considerar que el Gobierno Nacional excedió la facultad de regulación que le otorgó el legislador en la Ley 923 del 2004. Al respecto:

“(...) Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma. De tal manera que, si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que, en desarrollo de los dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley.

(...)

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 (...).”

Finalmente, se expidió el Decreto Reglamentario 1157 del 2014¹⁶, a través del cual se consignaron nuevamente los requisitos para que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía accedan a la pensión de invalidez. En esta oportunidad se estableció que con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía podrán ser acreedores del derecho a la pensión de invalidez, así:

“(...) ARTÍCULO 2. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07), Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Paéz.

¹⁶ “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública.”

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 los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012; así: (...)."

Esta nueva normativa, que rige a partir del 24 de junio de 2014, estableció la pensión de invalidez para los miembros de la fuerza pública, y entre ellos, a los miembros que prestaran el servicio militar, cuando por las autoridades médico-laborales propias se les determine una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 50%.

En cuanto al monto, estableció la norma que:

| Rango % pérdida cap. Laboral | Monto - partidas computables |
|------------------------------|------------------------------|
| 50 - 75 | 50 |
| 75 - 85 | 75 |
| 85 - 95 | 85 |
| más de 95 | 95 |

Es pertinente señalar, que una de las características notorias de la regulación de la pensión de invalidez de la Fuerza Pública, es la de instituirse a partir de los conceptos científicos de las autoridades medico laborales propias que tiene por ministerio de la ley, lo cual, tiene pleno sustento, en que dicho sector está excluido del régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993¹⁷.

Así las cosas, nota la Sala que la nueva regulación en cuanto al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral requerido para la pensión de invalidez en la fuerza pública está a tono con la dispuesta en el régimen general de pensiones, al que se ha acudido en aplicación del derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad.

ii) Sectores excluidos de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993.

El Sistema General de Pensiones es, en principio, de aplicación general, así se desprende del texto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo

¹⁷ Artículo 279.

1 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, la misma Ley en su artículo 279 dispuso 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 (...).”*

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, a los sectores excluidos expresamente por la Ley 100 de 1993 de la aplicación de todo el Sistema Integral de Seguridad Social, no se les aplica ninguno de los sistemas originados en dicha ley, esto es, pensiones, salud y riesgos profesionales. Dentro de los sectores enunciados en la norma se encuentran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

De tal manera que la situación particular del demandante, en principio, se encuentra excluida de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993.

iii) De la situación de invalidez frente al Sistema General de Pensiones.

La Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 860 del 2003, y sus reglamentaciones, regula la noción jurídica de invalidez, y los criterios para establecerla. Define los requisitos y el monto de la pensión de invalidez y señala las distintas reglas aplicables a esta pensión en cada uno de los regímenes del sistema.

Así se establece en los artículos 38 y 39, *ibídem*, en su texto original:

“(...) ARTICULO. 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

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

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

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

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

iv) De la inaplicación de los regímenes exceptuados en materia de seguridad social.

Sobre este particular, estima la Sala que el derecho a la igualdad material no sufre en principio desmedro alguno por la sola existencia de regímenes especiales de seguridad social, pues esta específica normatividad tiene como propósito proteger los derechos adquiridos y, al mismo tiempo, regular unas condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores a quienes se aplican.

No obstante, ello excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C - 461 del 12 de octubre del 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"(...) Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que, al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta."

*Posteriormente, en sentencia T-348 de 24 de julio de 1997 reiteró:
"En general, esta Corporación ha considerado que la consagración de regímenes especiales de seguridad social, como los establecidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera la igualdad, en la medida en que su objetivo reside, precisamente, en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados. Salvo que se demostrare que la*

ley efectuó una diferenciación arbitraria, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general." (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Bajo estos supuestos, advierte la Sala¹⁸ la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de regímenes especiales de seguridad social cuando estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993.

En otras palabras, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹⁹.

v) Del caso en concreto

En el *sub-lite*, el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por considerar que, si bien es cierto para el momento en que le fue dictaminada su discapacidad laboral no contaba con el porcentaje requerido para el reconocimiento de esta prestación, se debe tener en cuenta que durante el transcurso del tiempo su estado de salud se ha deteriorado de manera ostensible.

Atendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios:

De acuerdo con el informe administrativo por lesión suscrito por el Comandante de la Unidad de Tácticas "BCG No. 47 HÉROES DE TACINES", se evidencia que²⁰:

¹⁸ En este mismo sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencias de 23 de julio de 2009, Rad. 1925-2007. Actor: William Tapiero Mejía. M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 13 de febrero de 2003. Rad. 1251-2002. M.P. Alberto Arango Mantilla.

¹⁹ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Visible a folios 82 y 83 del expediente.

"(...) el día 12 de julio de 1995, siendo aproximadamente las 15:00 horas en el área Paso Real, Jurisdicción de Remedios (Antioquia), la Contraguerrilla "BÚFALO 4" al mando del ST. MORA MATEUS WILSON sostuvo contacto con los bandoleros pertenecientes la ELN de la cuadrilla María Cano resultando herido el SLV. VANEGAS MUÑOZ ALDEMAR DE JESÚS con C.M. 70002275 en ambas piernas, en la mano – codo izquierdo por una mina quiebra patas en la cual al hacer explosión hirió al SLV. VANEGAS MUÑOZ ALDEMAR DE JESÚS, yéndose al piso por la onda explosiva recibiendo un golpe en la columna y esquirlas en ambas piernas y en el codo de la mano izquierda; el SLV. VANEGAS MUÑOZ ALDEMAR DE JESÚS fue atendido en el Hospital del Tigre Antioquia donde recibió los primeros auxilios y fue evacuado a Segovia Antioquia al Hospital La Salada. De acuerdo con el Decreto 94 de 1989 artículo 35 literal C este Comando conceptúa que la lesión del SLV. VANEGAS MUÑOZ ALDEMAR DE JESÚS fue en servicio por consecuencia de la acción directa del enemigo dentro de la jurisdicción de la Unidad "(...)".

El 27 de mayo de 1998 la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional clasificó la capacidad laboral, lesiones, secuelas, indemnizaciones e imputabilidad del servicio, de conformidad con el artículo 21 del Decreto 094 de 1989²¹, del señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz en la cual se dictaminó un politraumatismo por arma de fragmentación con heridas por esquirlas en miembros inferiores y en el codo izquierdo con solo compromiso de tejidos blandos, lo cual le produjo una disminución de la pérdida de la capacidad laboral equivalente al 23.43%²².

El 16 de julio de 1998 el Jefe de Personal "(...) del Departamento E-1 del Comando del Ejército (...)" certificó que el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz había ingresado como soldado voluntario el 13 de diciembre de 1990 y había sido retirado del servicio el 1º de julio de 1998²³.

²¹ "(...) Artículo 21 . JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. Su finalidad es la de llevar a un diagnóstico positivo, clasificar las lesiones y secuelas, valorar la disminución de la capacidad laboral para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines de indemnizaciones cuando a ello hubiere lugar.

Estará integrada por tres (3) médicos, que pueden ser Oficiales de Sanidad o médicos al servicio de la Unidad o Guarnición entre los cuales debe figurar el Médico Jefe de la respectiva Brigada, Base Naval, Base Aérea o Departamento de policía; médicos pertenecientes a la planta de personal del Hospital Militar Central, o a la de otros establecimientos hospitalarios de las fuerzas Militares o de la Policía Nacional. Cuando el caso lo requiera, la Junta podrá asesorarse de médicos especialistas, odontólogos y demás profesionales que considere necesarios. Será presidida por el oficial o médico más antiguo.

Las Juntas Médico-Laborales deberán estar fundamentadas en la ficha de aptitud sicofísica, ordenada para tal efecto, el examen clínico general correctamente ejecutado, los antecedentes remotos o próximos, diagnósticos, evolución o tratamiento y diagnóstico de las lesiones o afecciones basados en conceptos escritos de especialistas. (...)"

²² Visible a folios 14 a 17.

²³ Visible a folio 84 del expediente.

El 21 de septiembre de 1998 el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía ratificó en todas y cada una de sus partes las conclusiones de la Junta Médico Laboral del 27 de mayo de 1998²⁴.

El 5 de octubre de 1998 el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional reconoció al señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz la suma de \$9.533.235 por concepto de bonificación especial e indemnización por disminución de la capacidad laboral²⁵.

El 8 de octubre de 1999 el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz solicitó al Ministro de Defensa el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por cuanto, en su sentir, ostentaba una disminución de la capacidad laboral superior al 75%²⁶; no obstante, por medio del Oficio 12644 de 9 de diciembre de 1999 el Subsecretario General del Ministerio de Defensa no accedió a tal pretensión como quiera que de acuerdo con la práctica de la Junta Médica Laboral del 27 de mayo de 1998 su situación ya había sido definida²⁷.

Ahora bien, dado que hasta el momento en que fue presentado el recurso de apelación por parte del demandante, esto es, 28 de marzo de 2012, aún no se contaba con los suficientes elementos probatorios que permitieran establecer la disminución de la pérdida de la capacidad laboral, éste solicitó que fuese valorado nuevamente, razón por la que esta Corporación por medio del auto del 3 de abril de 2013 resolvió oficiar a la Junta Médica Laboral para que dictaminara su grado de incapacidad.

Ante tal escenario, el 15 de mayo de 2013 el apoderado del señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz solicitó que fuese valorado por parte de la Junta Regional de Calificación del Meta, en consideración al estado de salud que tenía, a sus precarias condiciones económicas y a que su lugar de residencia era en la ciudad de Villavicencio; por lo anterior, a través del auto de 16 de julio de 2013 se ordenó oficiar a la "(...) Junta Regional de Invalidez de la Ciudad de Villavicencio – Ejército

²⁴ Visible a folios 63 a 64 del expediente.

²⁵ Visible a folios 95 a 96 del expediente.

²⁶ Visible a folios 7 y 8 del expediente.

²⁷ Visible a folios 9 a 13 del expediente.

Nacional – Junta Médica Laboral Militar – (...)” para que se dictaminara el grado de incapacidad.

El 14 de enero de 2014 fue allegado a esta Sala el dictamen Médico Laboral²⁸ que realizó la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Departamento del Meta al señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz en el cual se dispuso que, de acuerdo con el Decreto 094 de 1989, contaba con una disminución laboral equivalente al 77.83%.

No obstante, en razón a que tal dictamen no fue emitido con fundamento en el expediente médico que se encuentra en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, tampoco fueron enunciadas las razones por las cuales posiblemente se había incrementado la pérdida de la capacidad laboral del señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz, ni mucho menos fue estipulada la fecha en que se estructuró la invalidez; por solicitud del despacho que sustancia la presente causa fue ordenado²⁹ a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que determinara el grado de incapacidad, la fecha de estructuración y las posibles razones por las cuales se pudo haber incrementado, teniendo en cuenta para el efecto, no solo el expediente médico que le enviara la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional sino también los soportes que sirvieron para elaborar el dictamen No. No. 667 de 18 de diciembre de 2013.

El 11 de diciembre de 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz experimentaba una pérdida de la capacidad laboral igual al 59.37% con una fecha de estructuración del 18 de octubre de 2013. En estos términos se pronunció la citada Junta Regional³⁰:

*“(...) Análisis y conclusiones:
Se trata de paciente de 47 años. Labora como vigilante en Sergucol desde hace un año. Estuvo en el ejército durante 7.5 años hasta mayo de 1998, quien en junio de 1997 fue víctima al pisar mina antipersona, prestando el servicio en Batallón en Puerto Berrio, atendido en el Hospital de Corregimiento El Tigre, con lesiones en ambas piernas, por múltiples esquirlas, se le hizo retiro de estas, hospitalizado durante 15 días, continuó laborando, persistiendo con dolor lumbar, por lo cual consultó, manejado con analgesia, sin referir mejoría, con restricción para manejar cargas, dice que le solicitaron el retiro, fue remitido a Junta Médica, entidad que le califica los diagnósticos:
1. Politraumatismo por arma de fragmentación con heridas por esquirlas en miembros*

²⁸ Por parte del apoderado del demandante (visible a folios 161 a 164 del expediente).
²⁹ Por medio del auto de 5 de mayo de 2015.
³⁰ Visible a folios 380 a 383 del expediente.

inferiores y codo izquierdo con solo compromiso de tejidos blandos y trauma lumbar tratado que deja como secuelas: A. Cicatrices levemente dolorosas en miembros inferiores y codo izquierdo. B. Lumbalgia mecánica, compromiso muscular. Lesión 1 ocurrió en el servicio por consecuencia de la acción directa del enemigo, con una disminución capacidad laboral del 23.43%, lo declararon no apto, solicitó valoración Tribunal Médico, quienes ratifican calificación de la Junta Médica; fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta el 18 de diciembre de 2013 por los Dx: lesiones de la columna lumbar con repercusión funcional, lesiones en la plata y dorso del pie, en las partes blandas, con repercusión en la dinámica del pie, grado mínimo, sorderas parciales de 20 a 40 dBs bilateral, acufenos bilateral, cicatrices no quirúrgicas, con una disminución, capacidad laboral del 77.83%.

Refiere cefalea intensa persistente hace un año, en manejo por neurología, Samein (Instituto Salud Mental), dice que por cefalea pulsátil intensa, irritabilidad, lo ha llevado a tener problemas familiares, como la separación de su esposa e hija de 17 años. Toma amitritilina mgrs en las mañanas, pregabalina una 1 tableta cada 12 horas, estuvo tomando sertralina, carbamazepina, dice que las suspendió por la gastritis. En manejo por psiquiatría desde hace 3 años con diagnóstico de trastorno depresivo mayor con ansiedad severa, y trastorno de conducta por dolor crónico lumbar severo. Apnea del sueño diagnosticada en el 2009 en manejo con CPAC. Se tomó resonancia de columna lumbar el 15 de julio de 2016, la cual reporta: "cambios espondilostricos, disminución de los forámenes de emergencia radicular de L4L5 y L5S1 del lado derecho con compresión de las raíces emergentes de L4 y L5 respectivamente", lesión reportada en RX previo a la resonancia, y consignada en documentación aportada, ha sido progresiva tanto clínica como radiográficamente, con sintomatología que se inicia con el accidente que le causó politraumatismo, con trauma a nivel lumbar, con lumbalgia proyectada a miembro inferior derecho, con continuidad sintomática progresiva. Tiene otros antecedentes de: Hepatitis A, gastritis crónica; leishmaniosis diagnosticada en 1994, tratada con glucantime, enfermedades adquiridas en el ejército, resueltas, sin secuelas documentadas. Hipoacusia neurosensorial y acufenos bilateral confirmada por audiometría y otorrinolaringología, consistente con trauma acústico por onda explosiva de las características del accidente referido en su prestación del servicio en el ejército. HTA diagnosticada hace tres años en tratamiento con losartan 50 mgrs cada 12 horas. Refiere accidente de trabajo el 3 de diciembre de 2003 (después de retirado), conduciendo moto, con fractura cerrada tibia atendido en clínica Medellín, se le hizo osteosíntesis sin secuelas.

De acuerdo a lo anterior se definen diagnósticos por consecuencias de la acción directa del enemigo (según informativo No. 12 registrado en las actas de la Junta y Tribunal Médico Laborales) los siguientes:

1. Lumbalgia crónica secundaria a abombamientos discales L4L5 y L5S1 con radiculopatía L4L5 derechos.
2. Trastorno depresivo secundario.
3. Hipoacusia neurosensorial.
4. Acufenos bilateral.
5. Cicatrices superficiales en miembros inferiores y codo izquierdo.

Se definen diagnósticos no relacionados con la prestación del servicio, y de aparición posterior a su retiro, de origen común:

1. Hipertensión arterial.
2. SAHOS.

Se revisa y se califica disminución capacidad laboral de los diagnósticos secundarios y como consecuencia de la acción directa del enemigo, de acuerdo a los antecedentes clínicos, paraclínicos y hallazgos del examen físico, así:

| DIAGNOSTICO | NUMERAL | ÍNDICE LESIÓN LITERAL | DISMINUCIÓN CAPACIDAD LABORAL |
|---|-----------------------------|-----------------------|-------------------------------|
| Lesión columna lumbar con repercusión funcional | 1-062 literal b grado medio | 10 | 25.5% |

Radicado No. 050012331000200004200 01.

No. interno: 2162-2012.

Actor: Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

| | | | |
|---|------------------------------------|---|---------------|
| <i>Radiculopatía L4L5 derecha</i> | <i>4-155 literal b grado medio</i> | 7 | 15% |
| <i>Depresión</i> | <i>3-040 literal a grado medio</i> | 5 | 10.5% |
| <i>Hipoacusia NS bilateral</i> | <i>6-034 literal b</i> | 5 | 10.5% |
| <i>Acufenos bilateral</i> | <i>6-037 literal b</i> | 5 | 10.5% |
| <i>Cicatrices en miembros inferiores y codo izquierdo</i> | <i>10-004 literal b</i> | 5 | 10.5% |
| <i>Total disminución capacidad laboral</i> | | | <i>59.37%</i> |

(...)"

Pues bien, en primer lugar se debe señalar que el Sistema de Seguridad Social aplicable al caso bajo examen, se regía por normas especiales contenidas en los estatutos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fijadas en el Decreto 094 de 1989, por el cual se reguló la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

El referido decreto, como ya quedó dicho en precedencia, exigía en su artículo 90, a los Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, un porcentaje de la pérdida de la capacidad psicofísica del 75% para efectos de reconocer una prestación pensional por invalidez. En tal sentido, como el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral asignado al demandante es inferior al requerido, se tiene que no le asiste el derecho al reconocimiento de dicha prestación.

Sin embargo, el Despacho que sustancia la presente causa no pasa por alto que en distintas ocasiones³¹, y como quedó explicado en precedencia, esta Corporación de acuerdo con el principio de favorabilidad, ha inaplicado el régimen especial de las Fuerzas Militares en materia pensional para dar paso a las disposiciones del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previstas en la Ley 100 de 1993, dado que estas últimas resultan más beneficiosas en tanto exigen la pérdida de un 50% de la capacidad laboral para efectos del reconocimiento de una prestación pensional por invalidez.

³¹ Ver sentencias de 1 de noviembre de 2012. Rad. 0955-2011, 7 de marzo de 2013. Rad. 1249-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve y 16 de mayo de 2019 Rad. 2084-2018 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

De lo preceptuado por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, se logra establecer con claridad los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez en el Régimen General de Seguridad Social, a saber: **i)** que hubiere perdido el 50 % o más de la capacidad laboral; **ii)** que se trate de un afiliado al sistema; y, **iii)** que hubiere cotizado por lo menos 50 semanas, durante los tres años anteriores al momento de producirse el estado de invalidez.

i) En cuanto al primero de los requisitos, esto es, que hubiese perdido el 50% o más de la capacidad laboral, se encuentra probado que el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 59.37% debido a una serie de enfermedades que lo aquejan, tales como, lumbalgia crónica secundaria a abombamientos discales L4L5 y L5S1 con radiculopatía L4L5 derechos, trastorno depresivo secundario, hipoacusia neurosensorial, acufenos bilateral y cicatrices superficiales en miembros inferiores y codo izquierdo, las cuales fueron calificadas por consecuencia de la acción directa del enemigo mientras prestaba sus servicios como Soldado Profesional.

En efecto, para la Sala no resulta indiferente la serie de secuelas que evidentemente incrementaron con el paso del tiempo, con ocasión al accidente que sufrió el 12 de julio de 1995 por una mina “quebra patas” que lo llevaron a que se fuera deteriorando su situación física, pues si bien es cierto en un principio fue calificado con un 23.43% por parte de la Junta Médica Laboral del Ejército en razón a un politraumatismo y una lumbalgia, también lo es que estas enfermedades agravaron su estado de salud, la punto que, le surgieron otras como depresión, sordera parcial y lumbalgia crónica, lo cual lleva a concluir que obedecieron al deterioro progresivo y constante de su estado de salud, como consecuencia de las lesiones adquiridas durante el tiempo en el que ostentó en el Ejército Nacional.

En ese sentido, pese a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca profirió un dictamen en donde se tuvo en cuenta toda la evolución de las afecciones aproximadamente 21 años después de la ocurrencia del incidente que le generó la disminución de la capacidad laboral del demandante, para la Sala esta situación no puede ser usada en su contra, pues no puede esperarse que en

tratándose de enfermedades que afecten la capacidad laboral y disminuyan su calidad de vida, se mantengan intactas con el paso del tiempo.

A la altura de lo enunciado, debe tenerse en cuenta, tal como lo ha dicho esta Corporación³², que cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario (el emitido en el trámite administrativo y el de los peritos designados en el proceso), debe darse prelación al dictamen que emitan los expertos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez.

Inclusive, este tipo de dictámenes proferidos en sede judicial tendientes a desvirtuar los realizados en sede administrativa, pueden ser objetados por la entidad demandada, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues a pesar de que mediante auto de 3 de julio de 2019 se corrió traslado para que las partes lo objetaran, de conformidad por el numeral 1º del artículo 238 del C.P.C., lo cierto fue que no se efectuó manifestación alguna.

Es por ello que no cabe duda que los dictámenes o valoraciones que efectúan las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez además de que se pueden tener en cuenta, tienen los mismos efectos a las expedidas por las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, siempre y cuando los ordene la autoridad judicial competente y sean sometidos a la correspondiente contradicción de que trata el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil³³, se insiste, como ocurrió en el *sub-lite*.

De otro lado, en cuanto a la fecha de la estructuración de la invalidez se debe indicar que es necesaria para efectos de establecer a partir de qué momento pierde de manera definitiva su capacidad laboral y con ello, la capacidad de generar ingresos para su sostenimiento adicionalmente es importante para efectos de establecer la normativa que le resulta aplicable y por ello dar aplicación a los requisitos exigibles.

³² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 6 de julio de 2011, Expediente No. 68001-23-15-000-1998-01035-01(0839-08), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

³³ Actualmente el artículo 228 del Código General del Proceso.

Al respecto se tiene que, de conformidad con el Dictamen efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez al señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz, la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral data del 18 de octubre de 2013, siendo su sustento lo siguiente:

"(...) Se estructura la disminución de la capacidad laboral en la fecha en la por cual por conceptos otorrinolaringología y psiquiatría se documentan las secuelas por alteraciones de hipoacusia, acufenos y mentales que sumados a las demás secuelas de alteración columna lumbar que para esa época ya había progresado clínicamente y las de piel ya estabilizadas, le generan la disminución de la capacidad laboral que persiste a la fecha actual (...)"

Visto lo anterior, es dable afirmar que independientemente de que no sean concurrentes la fecha del accidente y la de estructuración de la invalidez del demandante, se debe considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la disminución de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo, tal y como ocurrió en el *sub-lite*. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo.

Se resalta, no proceder al reconocimiento de la pensión de invalidez con el desconocimiento del deterioro de la capacidad sicofísica del demandante, implicaría una desatención de las finalidades del sistema de seguridad social en pensiones y una clara omisión del deber de protección especial que la misma Constitución Política prohija respecto de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

ii) Al verificar si el actor había cotizado por lo menos cincuenta semanas, dentro de los tres años inmediatamente anteriores al momento en que se produjo su estado de invalidez la Sala encuentra probado, de acuerdo con lo expuesto en la liquidación de servicios No. 377 de 4 de agosto de 1998 el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz a la fecha en que experimentó las lesiones (12 de julio de 1995) contaba con

4 años y 7 meses³⁴ de servicio en la Policía Nacional razón por la cual, se entiende que, en su condición de Soldado Profesional hizo parte del régimen de cotizaciones previsto para el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares.

iii) Para la Sala resulta evidente que el actor satisface el tercer y último de los requisitos exigidos por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, haber cotizado al Sistema de Seguridad Social en este caso de las Fuerzas Militares por más de 50 semanas.

Pero ¿a partir de qué momento es viable el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez?

Al respecto la Sala sostendrá la tesis de que los efectos de la pensión de invalidez deben ser a partir de la fecha de estructuración que se señaló en el dictamen que fijó la disminución de la capacidad laboral.

En efecto, cuando se trata de pruebas periciales, el asunto es de mayor relevancia, en tanto se edifica a partir de conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan de la preparación jurídica del juzgador, ámbitos que sin lugar a dudas marcan presencia en la litigiosidad, como en el caso en concreto, donde la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, determinó el momento exacto de estructuración, esto es, 18 de octubre de 2013 aspecto que no fue controvertido en su oportunidad, a pesar de darse su respectivo traslado. Adicionalmente, no se observa que la prueba en comento adolezca de algún vicio formal o material que pueda comprometer su validez.

Así las cosas, para la Sala es claro que si científicamente se estructuró la disminución de la capacidad en determinada fecha, y si no se controvertió dicha conclusión, no es dable en juicio alterar los efectos temporales para definir el momento en que procede el pago de la pensión de invalidez.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que la disminución de la capacidad laboral del demandante se determinó como de origen laboral al haber prestado sus servicios como Soldado Profesional, no es posible afirmar que esta se estructuró

³⁴ Se desempeñó como Soldado Profesional a partir del 13 de diciembre de 1990.

desde la fecha del retiro, pues se reitera, solo la prueba científica puede dar convicción al juez desde qué fecha es dable otorgar la pensión de invalidez aquí reconocida.

Así las cosas, estima la Sala que en el caso concreto resulta procedente reconocerle al actor la prestación pensional de invalidez en atención al grado de disminución de su capacidad sicofísica, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, como quiera que se probó dentro del *sub-lite* que la etiología de la afección síquica que padece el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz fue como consecuencia del accidente del cual fue víctima; y además, que la pérdida de la capacidad laboral asciende al 59.37%.

Para el efecto, la mesada pensional reconocida tendrá efectos a partir del 18 de octubre de 2013 y su monto atenderá los lineamientos descritos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³⁵, sin que en ningún caso el monto de la referida prestación pensional sea inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

La Sala ordenará que sobre las sumas causadas con la condena impuesta a través de esta providencia se disponga el descuento de lo pagado al demandante por concepto de indemnización ante la pérdida de la incapacidad psicofísica, toda vez que como lo ha sostenido de forma consistente y reiterada esta Sección³⁶ la prestación pensional por invalidez y la indemnización por ese mismo motivo comparten su causa eficiente, esto es, la merma en la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública lo que implica en la práctica que su reconocimiento simultáneo constituya una doble compensación.

Finalmente, la Sala también negará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, solicitados por el actor, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño que deban ser indemnizados patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo,

³⁵ "ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: a). El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%. (...).".

³⁶ Sentencias de 8 de abril de 2010. Rad. 081-2009 y 20 de marzo de 2013. Rad. 1471-2012.

debe probarlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil - aplicable al caso concreto - "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", circunstancia que se repite no se observó.

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

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia de 29 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio 12644 del 9 de diciembre de 1999, por medio del cual el Subsecretario General del Ministerio de Defensa le negó el reconocimiento de pensión de invalidez.

TERCERO: Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz a partir del 18 de octubre de 2013, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada

Proceso recibido en secretaría
0-6 FEB 2020
Hoy

28

Radicado No. 050012331000200004200 01.

No. interno: 2162-2012.

Actor: Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz.

Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

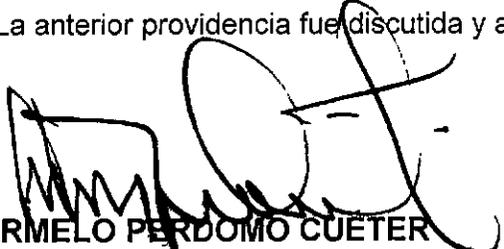
CUARTO: Ordenar que sobre la sumas reconocidas al señor Aldemar de Jesús Vanegas Muñoz, producto de la presente condena, se efectué el descuento de lo percibido por concepto de indemnización, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

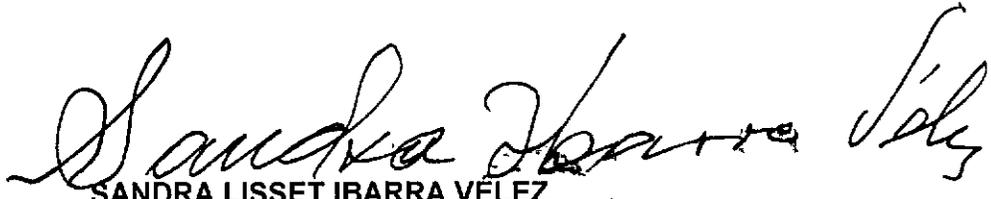
SEXTO: Dar aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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


CARMELO PERDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ