



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN Y OTROS
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Pensión de invalidez. Ley 1437 de 2011.

SO. 0008

Decide la Sala de Subsección los argumentos de apelación expuestos por las partes contra la sentencia de 14 de julio de 2015¹, proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, quien actúa a nombre propio y en representación de su hijo menor de edad DAVID VARGAS FRANCO²; y la señora PATRICIA FRANCO RESTREPO, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

¹ Folios 461 a 472 del expediente.

² Folio 1 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES³

El señor DIEGO GERMAN VARGAS GUARÍN, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó lo siguiente:

«La parte demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012, expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, y por medio de la cual, se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN la pensión de invalidez a partir del día 11 de febrero de 2004, en razón a la disminución de capacidad laboral correspondiente al 58.86% y además, que le sean incluidas y canceladas las mesadas adicionales de junio y diciembre con el respectivo retroactivo. Pretende que en razón al reconocimiento de la pensión solicitada, se le ordene al Ejército Nacional, que se le otorguen los derechos correspondientes al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares al actor, y además que se condene a dicha entidad al reconocimiento y pago de perjuicios morales por un valor de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes. Finalmente solicita que se condene en costas a la entidad demandada.»

El 12 de octubre de 2012, el apoderado de la parte demandante presentó escrito⁴ de corrección de la demanda y señaló:

«Asimismo, como quiera que el libelo de la demanda se introdujo la pretensión SEXTA, que a la letra reza:

SEXTA: Que se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA, el pago de los PERJUICIO MORALES, que se ocasionaron en mi persona y

³ Fol. 461 y vto. del expediente.

⁴ Folio 126 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

mi núcleo familia, al no haberseme reconocido por la entidad demandada, la correspondiente PENSIÓN DE INVALIDEZ, estimado de la siguiente manera: Para el suscrito DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, [...], el valor equivalente a 100 S.M.M.L.V, para mi hijo DAVID VARGAS FRANCO, [...], el valor equivalente a 100 S.M.M.L.V y para mi esposa PATRICIA FRANCO RESTREPO, [...], el valor equivalente a 100 S.M.M.L.V.

Como quiera que esta SEXTA pretensión si exige requisito de procedibilidad y que además sobre la misma opera la caducidad, pues ha transcurrido más de dos años desde el momento en que se ocasionaron los daños morales esgrimidos, manifiesto señor Juez, que desde ya RENUNCIO A ESTA PRETENSIÓN.»

2. HECHOS⁵

El señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, fue incorporado al Ejército Nacional en el mes de enero del año 1988, concretamente en la Escuela Militar de Cadetes – General José María Córdova, lugar donde realizó el curso para oficial de la Institución Castrense, siendo graduado como Subteniente el día 1º de diciembre de 1990.

Señaló que durante el ejercicio de su profesión como oficial, fue designado por el mando a prestar sus servicios en diferentes unidades y regiones del país, lugares en los que debido al peso cargado, como cartuchos, fusiles, proveedores, camuflados, implementos de aseo, víveres, entre otros, comenzó a ver deteriorado su estado de salud, iniciando con fuertes dolores de espalda lumbar, rodilla derecha y muñeca derecha.

Como consecuencia de diversos combates con grupos subversivos, y en especial el ocurrido el día 3 de julio de 1995, siendo orgánico del Batallón de Conraguerrillas, en el sitio denominado Alto de la Cruz del Municipio

⁵ Fols. 2 al 19 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

de Calvario, Meta, sufrió un trauma mental diagnosticado como *síndrome de estrés post traumático*, siendo elaborados los correspondientes informes administrativos por lesiones.

Sostuvo que el día 29 de agosto de 1997, le realizaron la Junta Médica Laboral que fue registrada en el Acta No. 930, en la cual, se le diagnosticó *síndrome de estrés post traumático*, con una disminución de la capacidad laboral del 12,5%, imputable a una «lesión ocurrida en el servicio como consecuencia de la acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público».

Relató que entre 1999 y septiembre de 2001, estuvo en el Batallón de ASPC No. 8 con sede en Armenia – Quindío, lugar donde se desempeñó como Comandante de la Compañía de Policía Militar y posteriormente fue nombrado como Jefe de Instrucciones en el Centro de la Instrucción y Entrenamiento de CIE.

Durante el período precitado fue enviado a realizar un curso de ascenso para mayor entre septiembre de 2001 y marzo de 2002, y una vez terminado fue trasladado al Batallón de Infantería No. 42 Bomboná, ubicado en Puerto Berrio – Antioquia, lugar donde estuvo desde marzo de 2002, hasta el 11 de noviembre de 2003, fecha en que fue retirado del servicio por solicitud propia en el grado de Capitán, de conformidad con la Resolución del Ministerio de Defensa No. 1177 del 7 de noviembre de 2003, habiéndosele cancelado lo correspondiente a los tres meses de alta hasta el 11 de febrero de 2004, obedeciendo su petición a que bajo el *síndrome de estrés post traumático* no se encontraba capacitado de continuar llevando la vida militar.

El 12 de febrero de 2004, luego de su retiro del Ejército Nacional, le fue practicada una Junta Médica Laboral, la cual se registró en Acta No. 366

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

y donde se le fijó una disminución de la capacidad laboral total del 45.87%; sin embargo, relata que en dicha junta, no fue tenido en cuenta el informativo administrativo No. 016, motivo por el cual, previa solicitud, el 30 de julio de 2004 le fue practicada otra junta por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, según Acta No. 2539, en la cual se modificaron las conclusiones de la Junta Medica Laboral practicada en el año 1997, por lo que se estableció una nueva disminución del 33,5%, pero únicamente por el *síndrome de estrés post traumático*, declarando al actor de dicha manera, no apto para el servicio y calificando la imputabilidad en el servicio por causa y razón del mismo.

Debido a la falta de claridad con respecto a la disminución de la capacidad laboral total, el 22 de agosto de 2005, presentó solicitud ante la Presidencia del Tribunal Médico Laboral para que se le realizara la respectiva acta aclaratoria de la decisión tomada el 30 de julio de 2004, frente a lo cual, el 23 de agosto de 2005 se emitió el Acta No. 2773, en donde se concluye una disminución de capacidad laboral total de 68.45%; decisión que fue aclarada mediante Acta No. 2773 de 9 de septiembre de 2005, que estableció que la disminución de la capacidad laboral, es de 58.86%, sin reconocer pensión de invalidez.

Dada la negativa de la entidad demandada de reconocerle la pensión de invalidez, y teniendo desprotegido su derecho al mínimo vital, se vio obligado a pesar de tener un porcentaje tan alto de discapacidad, a trabajar en varias actividades completamente ajenas a su formación académica y militar, laborando como vendedor de panela, visitando supermercados y graneros del departamento del Quindío e igualmente, aduce que laboró en el Hotel Campestre La Navarra; además, de estudiar en la noches Derecho en la Universidad Gran Colombia de Armenia.

Finalmente, el 28 de febrero de 2012, presentó petición ante la

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa y solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, frente a lo cual, el 4 de mayo de 2012, mediante la Resolución No. 1858 se resolvió que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de invalidez.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁶

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 29, 48, 53 y 209 de la Constitución Política; artículos 38 de la Ley 100 de 1993 y 9 del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000. Señala la vulneración del principio de congruencia de la condición más beneficiosa y favorable en el campo de la seguridad social integral, al igual que la Ley 1437 de 2011; además, de los artículos 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como concepto de violación, el apoderado de la demandante indicó que el Ejército Nacional no cumple con las disposiciones constitucionales y trasgrede el derecho a la seguridad social integral al motivar el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez con el Decreto 2070 de 2003, norma que contraría lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que la entidad demandada vulnera derechos como la vida, la seguridad social, el mínimo vital y la igualdad, y aduce, que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, es claro que es un persona en situación de discapacidad, pues esta norma solo exige el 50% y el actor cuenta con una discapacidad laboral total del 58.86%, situación que quebranta el principio de congruencia de la condición más beneficiosa y favorabilidad en materia de seguridad social en salud.

⁶ Folios 22 al 29 del expediente.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷

La parte demandada, a través de apoderada judicial, presentó escrito de contestación de la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones, toda vez que el demandante no allegó ningún medio de convicción del que se pudiera colegir que su merma de la capacidad laboral fuera igual o superior al 75%, como para estimar su incapacidad permanente y acceder a la pensión solicitada de conformidad con lo establecido en el Decreto 2070 de 2003.

Argumentó que el artículo 30 del Decreto 2070 de 2003 dispone que para conceder la pensión de invalidez se debe producir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75% y que el parágrafo 3° del citado artículo señala que si el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al referido previamente, no se generará derecho a pensión de invalidez.

En ese sentido, indicó que es claro que el Tribunal Médico Laboral de Revisión, a través de sendos pronunciamientos, estableció la disminución de la capacidad laboral del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, en un porcentaje del 58.86%, en consideración a que las lesiones adquiridas que generaron la merma fueron adquiridas en el servicio pero no por causa y razón del mismo, por lo que las decisiones y aclaraciones proferidas por la segunda instancia, fueron definitivas y quedó cerrada dicha instancia.

Finalmente, sostuvo no estar de acuerdo con lo afirmado por el demandante cuando exigió la aplicación por favorabilidad del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, con fundamento en que en la actualidad está impedido para trabajar y efectuar actividades

⁷ Folios 148 a 160 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

de la vida común; pues para ser beneficiario de la prestación solicitada, debió haber sido calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%.

5. LA SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, mediante sentencia de 14 de julio de 2015, declaró la nulidad de la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012, proferida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez desde el 9 de septiembre de 2005, pero no se canceló las mesadas causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2009, por encontrarse prescritas.

Encontró el Tribunal que el acto administrativo demandado que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante estuvo motivado de conformidad con los artículos 30 y 32 del Decreto 2070 del 25 de julio de 2003, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C – 432 de 2004, en razón a que el mismo vulneraba la reserva de la ley marco prevista en el artículo 150 de la Constitución Política; argumento mediante el cual concluyó que la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012 «adolece de la denominada falsa motivación, en razón a que fue motivado con fundamentos jurídicos errados, es decir, no fueron aplicados fundamentos de derecho vigentes para el momento de la expedición del mismo».

⁸ Folios 94 a 104 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Consideró el *a quo* que los derechos pensionales derivados de la invalidez del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN se consolidaron con las normas vigentes al momento de la estructuración de la misma, es decir, el 9 de septiembre de 2005, por lo que la normativa aplicable al caso es la Ley 923 de 2004, de cuya lectura resultó procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada al contar con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral no inferior al 50%, razón por la cual no usó el principio de favorabilidad para resolver este caso con la Ley 100 de 1993.

Por último, estableció que los perjuicios morales solicitados por la parte demandante no se encontraban probados, pues si bien dicha pretensión se fundamenta en que el señor VARGAS GUARÍN se vio en la obligación de realizar actividades ajenas a su formación militar, tales como vender panela, administrar un hotel, entre otras, de esta sola consideración no podía concluirse una aflicción moral, pues ésta no deviene de las actividades o labores a las que se haya tenido que dedicar una persona, sino del padecimiento, dolor, tristeza, aflicción y angustia que le haya causado y logrado probar, en este caso con la decisión de la administración de negar la pensión de invalidez solicitada.

6. LA APELACIÓN.

Contra la decisión anterior, ambas partes presentaron recurso de apelación.

6.1. La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL⁹, mediante apoderada, solicitó que se revocara la sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por considerar que no le asiste derecho al demandante de

⁹ Folios 478 a 482 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

recibir una pensión de invalidez y reconocérsela generaría un detrimento patrimonial para el Estado.

Sostuvo que la pérdida de capacidad laboral del señor VARGAS GUARÍN no se ajusta al porcentaje establecido en el Decreto 2070 de 2003, norma aplicable al caso concreto, la cual señala que debe adquirirse una incapacidad permanente parcial superior al 50% e inferior al 75% ocurrida en combate, actos meritorios del servicio, acción directa del enemigo, tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, conflicto internacional o en un accidente durante la ejecución de un acto propio del servicio; y la disminución del accionante es del 58.86%, del cual sólo el 25.94% corresponde a enfermedad profesional y el restante fue asignado por enfermedad común y por lesiones adquiridas en el servicio pero no por causa y razón del mismo.

Finalmente, argumentó que si bien el régimen común de calificación de pérdida de capacidad laboral requiere para otorgar la pensión por invalidez un porcentaje de 50% o más, el Decreto 917 de 1999 señala que la invalidez debe ser entendida como la sumatoria de tres elementos: deficiencia, discapacidad y minusvalía; supuestos que no se cumplen en el caso del demandante.

6.2. El señor **DIEGO GERMÁN VARGAS RINCÓN**¹⁰, a través de apoderada, solicitó que se revocara el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y se condene en costas a la parte demandada.

Manifestó que las pretensiones de la demanda prosperaron de manera parcial en la medida en que no fueron reconocidos los perjuicios morales

¹⁰ Folios. 483 a 485 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

solicitados por la parte demandante, razón por la que no se condenó en costas a ninguna de las partes. No obstante, el demandante señala que dichos perjuicios no fueron reclamados, pues en escrito que subsanó la demanda, se renunciaron a ellos.

7. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA¹¹

Vencido el término concedido en auto de 24 de octubre de 2016, proferido por este Despacho, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹².

El ministerio público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron las apelaciones presentadas por las partes, le corresponde a la Sala de la Subsección A determinar la legalidad de la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012, expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se

¹¹ Folio 508 del expediente.

¹² Folios 162 a 169 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN.

En ese sentido, con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala Subsección de estudiará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO

2.1. DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIÓN DE INVALIDEZ APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA Y LAS AUTORIDADES MEDICO LABORALES

La capacidad sicofísica, se define como el conjunto de condiciones físicas, síquicas y mentales que le permiten a una persona desempeñarse como miembro activo de la fuerza pública, y que son verificables al momento del ingreso al servicio, para la permanencia o ascenso, y para definir la situación medico laboral y las consecuencias prestacionales y asistenciales que ello provoque.

En este contexto, se tiene que el Decreto 94 de 11 de enero de 1989¹³, instituyó una pensión de invalidez, para el personal de oficiales, suboficiales de las Fuerzas Militares y agentes de la Policía Nacional, de la siguiente manera:

«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

¹³ "Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional".

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad el sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad , a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera , así:

- a) El 50% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.
- b) El 75% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance al 95% y no alcance el 95% .
- c) El 100 % de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.»

Así mismo, en los artículos 19, 21 y 25, *idem*, estableció las autoridades médico-laborales competentes para determinar la disminución de la capacidad sicofísica del personal de la Policía Nacional, así:

«De los organismos Médico - Laborales Militares y de Policía

Artículo 19 Organismos Médico - laborales Militares y de Policía. Con excepción de lo determinado en los artículos 6º y 70 para los exámenes sicofísicos en el exterior , la capacidad sicofísica del personal de que trata el presente Decreto, será determinada únicamente por las autoridades Médico - Militares y de Policía.

Parágrafo. Son autoridades Médico - Militares y de Policía:

- a) Los Médicos Generales, Médicos Especialistas y Odontólogos al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.
- b) Junta Médica Científica.
- c) Junta Médica - Laboral.
- d) Tribunal Médico Laboral de Revisión.

Artículo 21. Junta Médico - Laboral Militar o de Policía. Su finalidad es la de llegar 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 puedan 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

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

permanentes a la planta de personal del Hospital Militar Central , o a la de otros establecimientos hospitalarios de las Fuerzas Militares 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" (...).

Artículo 25º. - Tribunal Médico - Laboral de Revisión Militar y de Policía. El Tribunal Médico - Laboral y de revisión, es la misma autoridad en materia Médico - Militar y policial. Como tal conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico - Laborales.

En consecuencia podrá aclarar, ratificar, modificar, o revocar tales decisiones».

De lo anterior, se establece que la pensión de invalidez estaba condicionada a la pérdida de la capacidad sicofísica en al menos un 75%, y que dicho porcentaje definía el monto pensional. También, que las únicas autoridades autorizadas para determinar la capacidad sicofísica del personal de la Fuerza Pública, son la Junta Médico-laboral Militar y de Policía, y el Tribunal Médico-laboral de Revisión Militar y de Policía.

Posteriormente, el Decreto 1796 de 2000¹⁴, 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, en función de la pérdida de la capacidad sicofísica, así:

«ARTICULO 38. LIQUIDACION DE PENSION DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA

¹⁴ 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: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

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».

Esta normativa, expedida por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias contenidas en la Ley 578 de 2000, entró en vigencia el 14 de septiembre de 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.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Luego, se expidió el Decreto 2070 de 2003, por medio del cual se reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pero fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004, por considerar que vulneraba la reserva de la Ley marco prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004¹⁵, cuyo contenido para los efectos de la pensión de invalidez en la fuerza pública corresponde:

«**Artículo 3º. 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.»

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004¹⁶ estableció en su artículo 30 que:

¹⁵ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

¹⁶ "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública".

«**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. (...)».

Conforme a lo anterior, el legislador, dentro de su libertad de configuración, definió unas condiciones prestacionales mínimas para la fuerza pública, dentro de las cuales, instituyó una pensión de invalidez

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

cuyo monto mínimo sería del 50% de las partidas computables para el efecto que defina la normatividad pertinente, y que para el efecto, no podría requerirse menos del 50% de la pérdida de la capacidad laboral.

Es así, que siguiendo la línea de regulación histórica, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mantuvo el 75% como porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral para obtener el derecho a la pensión de invalidez, siempre que fuere causada por actos del servicio; reafirmando además, la competencia de las autoridades médico laborales de las fuerza pública para evaluar la capacidad sicofísica del uniformado para los efectos mencionados.

No obstante, las expresiones *“igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)”*, contenidas en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, fueron anuladas por la sección segunda de esta Corporación mediante sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 1238-07, CP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, que señaló:

«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

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

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.»

Cabe precisar en este estado de la providencia, que con posterioridad, fue expedido el Decreto 1157 de 2014¹⁷ en desarrollo de lo previsto en la Ley 923 de 2004 antes citada, el cual en su artículo 2° dispuso:

«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 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

¹⁷ 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

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
 Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
 Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012; así:

2.1 El cincuenta por ciento (50%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%), e inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

2.2 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%).

2.3 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%).

2.4 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%)».

Esta nueva normativa, que rige a partir del 24 de junio de 2014, consagró la pensión de invalidez para los miembros de la fuerza pública, 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 médico 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 1993¹⁸.

Sin embargo, nota la Sala que la nueva regulación de la pensión de invalidez, siguiendo el marco conceptual descrito en la Ley 923 de 2004, en cuanto al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral requerido para la mencionada prestación 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, tal como fue el criterio del *a quo* en la sentencia que se pide revocar.

De lo anterior se colige, que para que un miembro de la Fuerza Pública sea acreedor al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, será necesario que la disminución de la capacidad sicofísica se dé en servicio activo, y que el dictamen médico arroje un porcentaje de al menos 50%.

3. CASO CONCRETO

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Derecho de petición elevado por el señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, solicitando la pensión de invalidez (f. 43 a 45).
- Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012, por medio del cual se resuelve sobre una pensión de invalidez al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 47 a 49).
- Constancia de notificación por edicto de la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012 (f. 51).

¹⁸ Artículo 279.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

- Acta de la Junta Médico Laboral No. 930 del 29 de agosto de 1997, realizada al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 52 a 54).
- Informe Administrativo por Lesión del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 56)
- Informe del estado de salud del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 57 a 58).
- Acta de Junta Médica Laboral, del 3 de octubre de 1995, realizada al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 60 a 63).
- Resolución No. 1117 del 7 de noviembre de 2003, por medio de la cual se retira del servicio activo al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 64 a 66).
- Constancia de tiempo de servicios del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 67).
- Hoja de vida del señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 68 a 74).
- Informativo Administrativo por Lesiones por los hechos ocurridos el 11 de junio de 2003 (f. 83).
- Acta de Junta Médica Laboral No. 366 del 12 de febrero de 2004, realizada al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 84 a 87).
- Solicitud presentada el 22 de agosto de 2005 por el señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, pretendiendo la expedición de un acta aclaratoria (f. 90).
- Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar No. 2539 del 30 de julio de 2004 (f. 92 a 94).
- Acta Aclaratoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar No. 2773 del 23 de agosto de 2005 (f. 96 a 97).
- Acta Aclaratoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar No. 2786 del 9 de septiembre de 2005 (f. 99 a 100).

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

- Resolución No. 32569 del 17 de diciembre de 2003, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN (f. 101 a 102).
- Registro civil de matrimonio de los señores DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN y PATRICIA FRANCO RESTREPO (f. 103).
- Registro civil de nacimiento del menor DAVID VARGAS FRANCO, hijo de los señores DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN y PATRICIA FRANCO RESTREPO (f. 104).

De las pruebas relacionadas, la Sala de Subsección evidencia que al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN le practicaron varias juntas médicas laborales celebradas (i) el 29 de agosto de 1997, calificándole una disminución de la capacidad laboral del 12,5%, imputable a una lesión ocurrida en el servicio; (ii) el 12 de febrero de 2014, luego de su retiro de la Institución, se le fijó una disminución de la capacidad laboral total del 45.87%; (iii) el 30 de julio de 2004 le fue practicada otra junta por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, según Acta No. 2539, en la cual se modificaron las conclusiones de la Junta practicada en el año 1997, por lo que se estableció una nueva disminución del 33,5%, pero únicamente por el *síndrome de estrés post traumático* declarando al actor de dicha manera, no apto para el servicio y calificando la imputabilidad en el servicio por causa y razón del mismo; (iv) el 22 de agosto de 2005, el demandante presentó ante el Tribunal Médico Laboral una solicitud para que se le realizara la respectiva aclaración de la decisión tomada por dicho Tribunal el día 30 de julio de 2004, frente a lo cual, el día 23 de agosto de 2005, se emitió el Acta No. 2773, en donde se concluye una disminución de capacidad laboral total de 68.45%; y (v) el 9 de septiembre de 2005, se emite nuevamente Acta del Tribunal Médico No. 2786, mediante la cual se aclara el Acta No. 2773, estableciendo que la disminución de la capacidad laboral, es de 58.86%, sin derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Ahora bien, en primer lugar, la pretensión principal del accionante se centra en la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1858 de 4 de mayo de 2012, mediante la cual se negó el reconocimiento de su pensión de invalidez, con fundamento en el artículo 30 del Decreto 2070 de 2003 que dispone lo siguiente:

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, 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 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.

Parágrafo 2º. 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.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

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, 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.

Sin embargo, el decreto que incluye la disposición transcrita fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-423 de 2004, toda vez que vulneró la reserva de ley marco prevista en el artículo 150 de la Constitución Política, pues la temática tratada fue la fijación del régimen salarial y prestacional de la fuerza pública, el cual no podía expedido mediante decreto ley por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, a saber:

«Conforme a lo expuesto en los fundamentos 3 a 12 de esta providencia, es claro que al Congreso de la República le corresponde establecer directamente, por medio de una ley marco, las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 150, num. 19, lit. e). De igual manera, es innegable que la regulación de dicho régimen prestacional especial (C.P. arts 217 y 218), incluye a la asignación de retiro como una modalidad particular de pensión de vejez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, y por ende, su regulación debe realizarse a través de dicha tipología legal.

Ahora bien, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, es indiscutible que, dicha reserva por expreso mandato constitucional, impide que las materias propias de una ley marco - como la referente a la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública - puedan ser expedidas por decreto ley, pues en este punto, el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República (C.P. art. 150, núm. 10).»¹⁹

Señalado lo anterior, es claro que la entidad demandada se fundamentó en una disposición inconstitucional para negar la pensión de invalidez del

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

señor VARGAS RINCÓN, pues la norma aplicable al caso concreto debió ser la que estuviese vigente al momento de la fecha de estructuración de la invalidez, la cual se dictaminó, luego de los múltiples exámenes anteriormente referidos, el 9 de septiembre de 2005, asignándole un porcentaje de disminución total de la capacidad laboral del 58.86%; estando entonces con vida dentro del ordenamiento jurídico, la Ley 923 de 2004.

Así las cosas, la Ley 923 de 2004 dispone en numeral 3.5 de su artículo 3º, lo siguiente:

«ARTÍCULO 3º. 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, fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos MédicoLaborales 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, al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, el día 9 de septiembre del año 2005, el Tribunal Médico Laboral le expidió el Acta aclaratoria No. 2786, en la cual indicó:

«Los miembros del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, revisan el caso del SEÑOR CT(r) VARGAS GUARÍN DIEGO

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

GERMÁN Cédula de Ciudadanía No. 79542263 de Bogotá, se aclara acta TML 2539 del 30 de julio de 2004, en el sentido de establecer que el DCL es 12.99% para un total de **58.86%** y no como allí aparece. Se revoca acta aclaratoria No. 2773 folio 327 del 23 de agosto de 2005, se aclara que el Tribunal actúa por modificación de la lesión aumentando 9 puntos a los ya asignados en JML 930/97». (Negrilla fuera del texto)

Supuestos que llevan a concluir que el porcentaje total asignado al señor **DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN** como disminución de su capacidad laboral es del 58.86%, lo que indica que el demandante cumple con el requisito previsto en el numeral 3.5 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, vigente y aplicable a su caso, y no se hace necesaria la aplicación del régimen común dispuesto en la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de favorabilidad, el cual sólo opera cuando se presenta un conflicto o controversia frente a la aplicación de dos normas, una más favorable que otra.

Por otro lado, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2009, en razón a que entre la fecha en que se determinó la disminución de la pérdida de capacidad laboral del actor, es decir, el 9 de septiembre de 2005, y el 28 de febrero de 2012, fecha en que el demandante elevó la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez ante el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional (Fol. 45), habían transcurrido más de tres años.

No obstante lo anterior, sobre el término de prescripción esta Subsección se pronunció en sentencia del 4 de septiembre de 2008²⁰, en los siguientes términos:

²⁰ Consejero Ponente: Gustavo Gómez Aranguren. Número interno: 0628-2008. Actor: Carlos Humberto Ronderos. Dicha posición ha sido reiterada por esta Corporación en sentencias proferidas dentro de los radicados: 11001-03-15-000-2012-01105-01.C.P. Gerardo Arenas Monsalve. 08001-23-31-000-2005-03183-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón, entre otros.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

«De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

De modo que el Presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concreten más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de **Decretos Reglamentarios**.

Respecto del poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido²¹ que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..."

²¹ Expediente N° 5393 del 15 de julio de 1994, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.» (Subrayado fuera del texto)

Por lo que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, a los miembros de la Fuerza Pública les es aplicable el término de prescripción cuatrienal y no el trienal contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por que se modificará la orden dada en la sentencia de 14 de julio de 2015 y se aplicará la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2008, toda vez que el demandante elevó la petición en la que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 28 de febrero de 2012.

4. DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA²²

En cuanto al último motivo de inconformidad del demandante, relativo a que no se condenó a la entidad demandada a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, toda vez que las pretensiones de la demanda prosperaron de manera parcial, en la medida en que no fueron reconocidos los perjuicios morales, a los cuales había renunciado en escrito que subsanó las pretensiones de la demanda; se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, que «salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil», actualmente por el Código

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01. Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

General del Proceso; normas que establecen que es decisión del juez imponer o no la condena en primera instancia, por lo que no hay lugar a acceder a lo pretendido.

Por lo anterior, esta Sala de Subsección confirmará el numeral cuarto de la sentencia del 14 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y no condenará en costas toda vez que no se generó la intervención del apoderado de la entidad demandada en la segunda instancia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el cual quedará así:

«**SEGUNDO.** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, reconocer y pagar al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.542.263, la pensión de invalidez desde el día 9 de septiembre de 2005; sin embargo no se cancelarán las mesadas causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2008, de conformidad con la prescripción declarada. Se advierte que la pensión de invalidez será liquidada de conformidad con lo establecido en el numeral 3.5 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, sin que en ningún caso sea inferior al salario mínimo legal

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00713-01 (4945-2015)
Accionante: Diego Germán Vargas Guarín y Otros
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

mensual vigente. La suma que resulte a favor del actor se actualizará en la forma y términos señalados en la parte motiva de la presente providencia.»

SEGUNDO.- CONFÍRMANSE los demás numerales de la sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad de la Resolución No. 1858 del 4 de mayo de 2012 y ordenó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor DIEGO GERMÁN VARGAS GUARÍN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

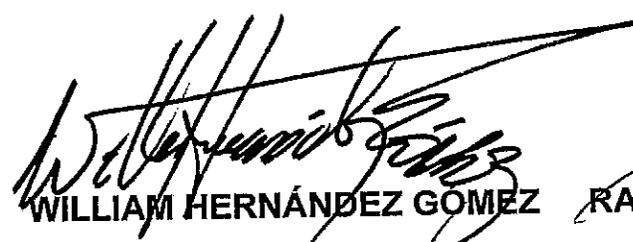
TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS