



203
Radicado: 050012333000201501359 01 (4887-2016)

Demandante: José David Posada Montoya

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 050012333000201501359 01 (4887-2016)
Demandante: JOSE DAVID POSADA MONTOYA
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL,
EJÉRCITO NACIONAL

Temas: Pensión de invalidez de soldado regular. Aplicación de la Ley 923 de 2004 respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral exigido. Incompatibilidad de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y de la pensión de invalidez. Improcedencia de intereses de mora.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

S-136-2019

I. ASUNTO

La Sala conoce de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor José David Posada Montoya, por conducto de apoderado, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional¹.

¹ Ff. 1-33.



Pretensiones

1. Se declare la nulidad de la Resolución 1681 del 31 de mayo de 2005, proferida por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que elevó el hoy demandante.
2. Se declare la nulidad del Oficio OF114-21977 MDNSGDAGPSAP del 8 de abril de 2014, expedido por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, en el que la entidad demandada le resolvió negativamente al demandante una nueva solicitud de reconocimiento y pago del derecho pensional, remitiéndose a la respuesta otorgada en el anterior acto administrativo.
3. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez de origen profesional en una cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación, prestación que deprecó con efectividad fiscal a partir del 8 de mayo de 2003. Lo anterior, dando aplicación a la Ley 100 de 1993.
4. Se condene a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional al pago de las dos mesadas adicionales anuales; a reajustar anualmente la mesada pensional conforme con el IPC o, subsidiariamente, conforme con el incremento del salario mínimo legal decretado por el gobierno; al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el 88 de la Ley 1328 de 2009, efectivos a partir del 14 de junio de 2005, o, en su defecto, a indexar el total de las sumas adeudadas mes por mes hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación.
5. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor José David Posada Montoya prestó sus servicios en el Ejército Nacional entre el 23 de noviembre de 2000 y el 16 de junio de 2003, fecha en que fue retirado por presentar una incapacidad permanente parcial.
2. Manifestó el demandante que las lesiones que dieron lugar a dicha evaluación se originaron durante la prestación del servicio militar obligatorio, al



explótarle una mina antipersonal cuando se encontraba patrullando en jurisdicción del municipio de Cocorná, Antioquia.

3. Con ocasión del accidente en cuestión, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional le practicó al demandante una junta médica cuyos resultados quedaron consignados en Acta 1359 del 8 de mayo de 2003, en la que se le calificó una disminución de la capacidad laboral del cincuenta y dos punto noventa y ocho por ciento (52,98%) de origen laboral.

4. Mediante Resolución 1681 del 31 de mayo de 2005, la entidad demandada denegó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen profesional solicitada por el señor José David Posada Montoya por no cumplir con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 75%.

5. A través del Oficio OFI14-21977 MDNSGDAGPSAP del 8 de abril de 2014, la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional negó la solicitud elevada por el demandante consistente en que le fuera reconocida la pensión de invalidez con fundamento en el régimen general de pensiones o, subsidiariamente, dando aplicación retrospectiva al Decreto 4433 de 2004.

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 5, 6, 9, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; el preámbulo y los artículos 1, 2, 9, 12 y 17 del Protocolo de San Salvador; la observación general 3 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en el quinto periodo de sesiones; el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 12, 13, 16, 22, 23, 25, 26, 29, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 58, 93, 94, 209 y 366 de la Constitución Política; 1, 11, 13, 38, 39, 42, 44, 141, 272 y 288 de la Ley 100 de 1993; 8, 9, 11, 12, 13, 46, 47 y 48 del Decreto 1295 de 1994; 9 y 10 de la Ley 776 de 2002; 2, 4 y 5 de la Ley 1562 de 2012; 88 de la Ley 1328 de 2009; Ley 923 de 2004; 1, 3, 4, 13, 32, 41, 42 y 43 del Decreto 4433 de 2004; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 19 del Decreto 656 de 1994 y la Ley 700 de 2001.

Como concepto de violación, señaló que las normas anunciadas reconocen la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentra el disfrute a una pensión, bajo el entendido de que estos propenden por la realización de otros derechos esenciales como la dignidad humana y la paz.

Seguidamente, indicó que en los casos en que el régimen general de pensiones resulta más beneficioso que el especial, debe darse aplicación al primero en virtud del principio de favorabilidad y del denominado «*in dubio pro operario*»,



los cuales constituyen una manifestación del debido proceso. Agregó que así lo han reconocido tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado.

Sostuvo que las normas aplicables a su caso son el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, además de las reformas introducidas por la Ley 1562 de 2012, que consagran el derecho a la pensión de invalidez de origen profesional y establecen tanto los requisitos para su causación como las condiciones en que debe efectuarse su reconocimiento.

No obstante lo anterior, afirmó que en virtud del principio de retrospectividad de la norma laboral podría predicarse incluso la aplicación del régimen especial a través de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 y en el Decreto 4433 del mismo año, normas con fundamento en las cuales habría lugar a reconocerle al demandante la pensión de invalidez deprecada a partir del 31 de diciembre de 2004, fecha en que entró en vigencia tal decreto.

Manifestó que, en todo caso, debía tenerse en consideración que, mediante sentencia del 28 de febrero de 2013, el Consejo de Estado, a través de su Sección Segunda, declaró la nulidad de la expresión contenida en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 que exigía una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% a efectos de conceder el derecho a la pensión de invalidez, por lo que debe entenderse que para el surgimiento de esta prestación basta con que dicho porcentaje sea, como mínimo, del 50%.

Finalmente, indicó que, como la entidad demandada no observó el plazo con que contaba para resolver la petición de reconocimiento y pago de la prestación, había lugar al reconocimiento de intereses moratorios a partir del 14 de junio de 2005 hasta la fecha en que tuviese lugar el pago total de la obligación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional mediante apoderado, presentó de manera oportuna escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Con tal fin, argumentó que el Decreto 4433 de 2004, como norma especial aplicable al caso, prevé el reconocimiento de la pensión de invalidez única y exclusivamente cuando se determina una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida en servicio activo. Así pues, como el porcentaje de afectación del demandante es del 52,98%, no le asiste derecho a la citada prestación.

² Ff. 97-106.



En línea con lo anterior, hizo énfasis en que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 había exceptuado de manera expresa la aplicación del sistema integral de seguridad social para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía, motivo por el cual no podría darse aplicación a aquel.

De otro lado, señaló que no se había agotado en debida forma la vía gubernativa toda vez que el demandante no ejerció el recurso procedente en contra del acta de junta médica laboral 1359 del 8 de mayo de 2003, que calificó su disminución de la capacidad laboral en 52,98%. Agregó que al quedar en firme esta calificación, el demandante tampoco presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes y que, además, el derecho de petición presentado no podría revivir los términos pues el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000 es claro al disponer que las decisiones del Tribunal Médico- Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias, de manera que en su contra solo proceden las respectivas acciones judiciales.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

1. Presunción de legalidad del acto acusado. Explicó que el demandante tenía la carga de acreditar que los actos administrativos demandados incurrieron en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 88 (sic) de la Ley 1437 de 2011.
2. Cobro de lo no debido. Indicó que la norma aplicable al caso permite concluir que el demandante no tiene derecho a la pensión deprecada.
3. Buena fe. Además de la presunción de legalidad que cobija los actos demandados, debe partirse del hecho de que el funcionario que los expidió, lo hizo acatando el ordenamiento jurídico.
4. Falta de agotamiento de la vía gubernativa. Afirmó que el señor José David Posada Montoya no había recurrido el acta de Junta Médica-Laboral ni en la vía administrativa ni en escenarios judiciales por lo que no resulta admisible evadir los términos a través de un derecho de petición.
5. El acta de la Junta Médico-Laboral es un acto definitivo. Sostuvo que conforme al artículo 50 del CCA, el acta de Junta Médica-Laboral puso fin a la actuación administrativa del demandante, de manera que ese tenía que ser el acto objeto de demanda y no la respuesta a un derecho de petición, ya que este instrumento no tiene la entidad para revivir la actuación administrativa.
6. Inexistencia de la obligación. Manifestó que debían negarse las pretensiones de la demanda por cuanto los actos administrativos demandados fueron expedidos de conformidad con las normas vigentes.



7. Innominada. Señaló que debía declararse cualquier otra excepción que llegare a probarse en el transcurso del proceso.

IV. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial⁴ en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones (art. 180-6 CPACA)

[...] en tanto el despacho no observa que se deba declarar de oficio la prosperidad de algunas de las excepciones consagradas en el artículo 100 del Código General del Proceso y otras del numeral 6 del artículo 180 del CPACA, se declara clausurada esta etapa de la audiencia inicial y además porque las excepciones propuestas por la entidad accionada son de fondo y su decisión corresponderá en la sentencia [...]

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁵

«[...] Consistirá en determinar: Si se encuentra probado que los actos administrativos objeto del medio de control de la referencia trasgreden el ordenamiento constitucional y legal, en tanto el señor JOSE DAVID POSADA MONTOYA, tiene derecho al reconocimiento de su pensión de invalidez por evento de origen profesional en el equivalente al 75% del ingreso base de liquidación (promedio de salarios semestrales percibidos por un cabo tercero del Ejército Nacional), sin que sea inferior al salario mínimo legal y con efectividad fiscal a partir del 8 de mayo de 2003, además a título de sanción los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y 88 de la Ley 1328 de 2009, efectivos a partir del 14 de junio de 2005 (día siguiente a la notificación del no reconocimiento pensional) o en subsidio a la indexación tota de las sumas adeudadas por concepto de mesadas pensionales desde el momento de la causación de cada una de ellas y hasta la fecha que se produzca el pago efectivo, teniendo en cuenta para ello el índice de precios al consumidor IPC que certifique el DANE, o por el contrario los actos administrativos demandados gozan de plena legalidad al no incurrir

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

⁴ Ff. 133-138.

⁵ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.



en vulneración al ordenamiento jurídico, en tanto se expidió conforme al Decreto 1796 de 2000, norma de carácter especial y aplicable al personal vinculado para la prestación dl servicio militar obligatorio y para los soldados profesionales [...]

Respecto de estas decisiones, las partes manifestaron estar de acuerdo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

No hizo uso de esta oportunidad procesal.

Parte demandada⁶

En sus alegatos de conclusión, la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, además de reiterar brevemente lo expuesto en la demanda, afirmó que, en el evento de accederse al reconocimiento pensional, debían descontarse las indemnizaciones que la entidad hubiese cancelado al demandante con ocasión de su pérdida de capacidad laboral pues, lo contrario, implicaría un enriquecimiento sin justa causa para el señor José David Posada Montoya y un consecuente detrimento patrimonial para el Estado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció en esta instancia.

VII. SENTENCIA APELADA⁷

Mediante sentencia del 12 de agosto de 2016, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, según se explica a continuación.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, el *a quo* realizó un recuento normativo del marco que consagra la pensión de invalidez respecto de los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, comenzando por el Decreto 94 de 1989, que en su artículo 90 definía el derecho a tal prestación cuando la pérdida de capacidad laboral era igual o superior al 75%.

⁶ Ff. 140-146.

⁷ Ff. 148-160.



Seguidamente, explicó que el Decreto 1796 de 2000, a través de su artículo 39, mantuvo la exigencia del porcentaje aludido a efectos de reconocer el derecho pensional en cuestión.

Señaló que, posteriormente, se expidió la Ley 923 de 2004, ley marco para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de la cual se profirió el Decreto reglamentario 4433 de 2004. Sostuvo que el régimen establecido en estas normas diferenció entre quienes adquieren su merma de capacidad laboral en actos meritorios del servicio, en combate o como resultado de la acción directa del enemigo y aquellos que la adquieren en simple actividad o en razón de una enfermedad común.

En el primero de los casos, se exige para el nacimiento del derecho a la pensión de invalidez una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y, en el segundo, una que iguale o exceda el 75%. No obstante lo anterior, indicó que el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de febrero de 2013, declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 por considerar que la exigencia de una pérdida de capacidad laboral del 75% o más a efectos de acceder a la prestación en comento, desborda la potestad reglamentaria conferida por la Ley marco 923 de 2004, que en el numeral 3.3. de su artículo 3 establece el derecho a la pensión de invalidez cuando la merma de la capacidad de trabajo es equivalente por lo menos al 50%.

Agregó que la misma Ley 923 de 2004 había dispuesto en el artículo 6 su aplicación retrospectiva a partir del 7 de agosto de 2002, por lo que, desde esta fecha, la norma permitía el reconocimiento de la pensión de invalidez del personal adscrito a las Fuerzas Militares cuando la disminución de la capacidad laboral era superior al 50% e inferior al 75%.

Al estudiar el caso concreto, encontró que el demandante, en su calidad de soldado regular, sufrió un accidente de trabajo el 24 de agosto de 2002 que le produjo una disminución de la capacidad laboral del 52,98%, la cual se estructuró el 8 de mayo de 2003. En tales condiciones, concluyó que debía aplicársele retrospectivamente la citada Ley 923 y, por ende, acceder al reconocimiento pensional solicitado desde el 30 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la ley, en cuantía equivalente al 50% de las partidas computables previstas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Además, precisó que el demandante tendría derecho a las mesadas adicionales a que alude el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 41 y a que las sumas reconocidas fuesen debidamente indexadas.

En punto a la prescripción, adujo que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de marzo de 2011 estaban afectadas por tal fenómeno, por lo que ordenó su pago a partir del día siguiente.



De otro lado, consideró el *a quo* que, de las sumas adeudadas, debía descontarse lo pagado al demandante por concepto de indemnización por pérdida de capacidad laboral como quiera que, al tener origen en la misma causa, resultaba incompatible con el reconocimiento pensional.

En relación con las costas procesales, estimó que no había lugar a condena alguna ya que no se había acreditado su causación, agregando que la naturaleza del asunto no exigía un mayor grado de controversia.

Por último, es importante señalar que el juez de primera instancia excluyó la aplicación del régimen general de seguridad social en pensiones toda vez que las disposiciones arriba citadas eran de aplicación preferente en virtud de su carácter especial.

Con base en el análisis anterior, despachó desfavorablemente las excepciones propuestas por la entidad demandada tendientes a negar el derecho pensional del señor José David Posada Montoya. Lo propio hizo frente a las que denominó «falta de agotamiento de la vía gubernativa» y «acta de junta médica laboral es acto definitivo» bajo el entendido de que el demandante en ningún momento está atacando el porcentaje definido en la calificación de la junta médica laboral.

VIII. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Parte demandante⁸

El apoderado del señor José David Posada Montoya presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la que contravirtió por dos motivos.

El primero de ellos relativo a la decisión de ordenar que, de las sumas reconocidas en la providencia, se descuente el monto que la demandada le pagó por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral. Al respecto, alegó que la pensión de invalidez y la indemnización por pérdida de la capacidad sico-física no son incompatibles entre sí, pues ninguna de las normas especiales aplicables en la materia determinó que lo fueran. Por el contrario, señaló, son prestaciones complementarias, que aunque tienen origen en la misma causa, son concedidas a los militares bajo el régimen de indemnización preestablecida denominada *a for fait*.

Además, sostuvo que el mismo Ministerio de Defensa Nacional, en los casos en que había lugar según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, reconocía en sede administrativa ambas prestaciones, últimas de las que predicó su

⁸ Ff. 169-173.



carácter de derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables en los términos de los artículos 48 y 53 superiores.

De otro lado, adujo que la sentencia recurrida no se había pronunciado respecto de la pretensión de condena de los intereses moratorios, a la que debió accederse si se tiene en cuenta que el proceso establecido respecto de la pensión de invalidez prevé un término de 4 meses para su reconocimiento y no más de 6 para su pago, de conformidad con los artículos 19 del Decreto 656 de 1994 y 4 de la Ley 700 de 2001. Ello aunado al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que prevé intereses moratorios en caso de tardanza en el pago de las mesadas pensionales. Sobre esta última norma, resaltó que su aplicación no puede descartarse bajo el argumento del régimen especial con el que se efectuó el reconocimiento a favor del demandante pues su artículo 288 permite la aplicación de cualquier disposición allí contenida a cualquier persona, en atención al principio de favorabilidad.

En todo caso, indicó, el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009 contempla el pago de intereses de mora por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Nación.

Con base en ello, reiteró la solicitud de condenar a la entidad demandada al pago de intereses moratorios a partir del 14 de junio de 2005, cuando, según dijo, aquella se constituyó en mora.

Parte demandada⁹

Dentro del término procesal oportuno, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó en los mismos términos de los alegatos de conclusión, los cuales se resumen de la siguiente forma:

- Las pensiones de las Fuerzas Militares están regidas por normas especiales. hizo énfasis en que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 había exceptuado de manera expresa la aplicación del sistema integral de seguridad social para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía, motivo por el cual no podría aquel regir el caso del demandante.

Argumentó que el Decreto 4433 de 2004, como norma especial aplicable al caso, prevé el reconocimiento de la pensión de invalidez única y exclusivamente cuando se determina una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida en servicio activo. Así pues, como el porcentaje de afectación del demandante es del 52,98%, no le asiste derecho a la citada prestación.

⁹ Ff. 162-168.



- Falta de agotamiento de la vía gubernativa. Afirmó que el señor José David Posada Montoya no había recurrido el acta de Junta Médica-Laboral ni en la vía administrativa ni en escenarios judiciales por lo que no resulta admisible evadir los términos a través de la presentación de un derecho de petición con el que provocó un el pronunciamiento de la entidad que hoy es demandado.
- El acta de la Junta Médico-Laboral es un acto definitivo. Sostuvo que el acta de Junta Médica-Laboral puso fin a la actuación administrativa del demandante, de manera que ese tenía que ser el acto objeto de demanda y no la respuesta a un derecho de petición, ya que este instrumento no tiene la entidad para revivir la actuación administrativa.
- Descuento de lo pagado por la entidad. Reiteró que, de accederse al reconocimiento pensional, debían descontarse las indemnizaciones pagadas al demandante con ocasión de su pérdida de capacidad laboral pues, lo contrario, implicaría un enriquecimiento sin justa causa para el señor José David Posada Montoya y un consecuente detrimento patrimonial para el Estado.

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes hizo uso de esta oportunidad procesal.

X. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹⁰

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó se confirme íntegramente la sentencia de primera instancia, por las razones que pasan a sintetizarse de la siguiente manera.

En primer lugar, consideró que las situaciones acaecidas desde el 7 de agosto de 2002 se rigen por la Ley 923 de 2004, siendo este el caso del demandante pues el accidente de trabajo que sufrió tuvo lugar el 24 de agosto de 2002 y su calificación por la junta médica laboral, el 8 de mayo de 2003.

De otro lado, adujo que, para acudir a la jurisdicción, no era indispensable que el señor Posada Montoya hubiese impugnado el acta médica de calificación de pérdida de capacidad laboral ya que este no ha expresado en modo alguno estar en desacuerdo con aquella, tanto así que el fundamento de sus pretensiones descansa en el porcentaje allí establecido. Además afirmó que debía recordarse que el derecho a la pensión de invalidez es imprescriptible, sin perjuicio de que las mesadas pensionales sí puedan verse afectadas por tal fenómeno.

¹⁰ Ff. 192-201.



En punto al descuento de lo que se hubiese pagado al demandante con motivo de la indemnización por disminución de la capacidad laboral, precisó que aunque en el expediente no existía prueba de tal reconocimiento, no era viable sostener que dicha prestación era complementaria a la pensión de invalidez pues ello implicaría un doble reconocimiento de un mismo supuesto fáctico.

Frente a los intereses moratorios, consideró que debían negarse. Los consagrados en la Ley 100 de 1993, porque se violaría el principio de inescindibilidad normativa y los de la Ley 1328 de 2009, porque su ámbito de aplicación es completamente ajeno al tema debatido en esta *litis*.

XI. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Son nulos los actos administrativos demandados a través de los cuales la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, le negó al señor José David Posada Montoya el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez? En caso afirmativo, la Sala responderá si:
2. ¿El hecho de que el demandante no hubiese controvertido administrativa ni judicialmente el acta de Junta Médica-Laboral supone que no se agotó en debida forma la actuación administrativa?
3. ¿Son compatibles la indemnización por disminución de la capacidad sico-física y la pensión de invalidez y, por ende, no hay lugar a ordenar que de la segunda se descuenta lo pagado al señor José David Posada Montoya con ocasión de la primera?
4. ¿La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional debe reconocer y pagar al demandante intereses de mora sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas?

Primer problema jurídico

¿Son nulos los actos administrativos demandados a través de los cuales la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, le negó al señor José David Posada Montoya el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez?



209

Radicado: 050012333000201501359 01 (4887-2016)

Demandante: José David Posada Montoya

Para efectos de resolverlo, la Subsección precisará lo relacionado con el régimen legal de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública y luego pasará al análisis del caso concreto.

(i) Régimen legal de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que el legislador haya quedado habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

En efecto, fue a través de la Ley 100 de 1993 que el legislador organizó el Sistema de Seguridad Social Integral cuya finalidad es proteger los derechos irrenunciables de todas las personas para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante el amparo de las contingencias que las afecten. Este sistema comprende las obligaciones del Estado, la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro.

El Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, hoy denominados laborales, y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, esta ley dispuso en su artículo 279¹¹ la inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social allí previsto respecto de los miembros de la Fuerza Pública, quienes se encuentran cobijados por un sistema especial cuyo fundamento reside en la naturaleza de las competencias, funciones y riesgos que asumen en la prestación del servicio que tienen a su cargo.

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la invalidez, tanto el régimen general como los regímenes exceptuados han previsto una prestación dirigida a solventar las necesidades básicas de aquellas personas que ven sustancialmente reducida la posibilidad de explotar su capacidad productiva en el mercado laboral y, con ello, la de proveerse los medios para su propia subsistencia y la de su núcleo más cercano. Estas personas, en virtud de la condición en la que se encuentran, son merecedoras de una especial

¹¹ «Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.»¹¹. (Subrayas y negrillas fuera del texto)



protección constitucional consagrada en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, y que ha sido desarrollada en diferentes disposiciones del orden interno.

De igual manera, se encuentra contenida en instrumentos de carácter internacional entre los que cabe destacar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prevé en su artículo 28 que los Estados Partes deben asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Así, el Decreto 1836 de 1979 se ocupó en su título noveno de regular lo atinente a 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 advierte 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%.

Esta normativa fue tácitamente derogada por el Decreto 94 de 1989, que en sus artículos 89, 90, 91 y 92 haría lo propio respecto de la pensión de invalidez, al incluir la distinción de acuerdo con la ocupación y la exigencia del porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral antes indicado. En el mismo sentido se profirió el Decreto 1796 de 2000¹², que tendría como efecto la derogatoria tácita de la anterior reglamentación, salvo por lo dispuesto en el artículo 48 *ibidem* que estableció que el procedimiento y criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989 hasta tanto se expidiera una nueva regulación¹³.

El 30 de diciembre de 2004, fue proferida y publicada la Ley marco 923 por medio de 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 [...]». Esta norma previó en su artículo 3 los elementos mínimos que tendría que considerar el Gobierno Nacional cuando reglamentara la materia, disponiendo lo siguiente respecto de la pensión de invalidez:

[...] 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

¹² Al respecto, ver los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1796 de 2000 encargados de definir el régimen pensional por invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional.

¹³ «Artículo 48. Artículo 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.»



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 [...] (Negrillas fuera del texto original)

El Decreto 4433 de 2004 se encargó de desarrollar esta ley, regulando lo relativo a la pensión de invalidez en sus artículos 30 y 32. El primero de ellos consagró el derecho a la prestación cuando los organismos competentes califican una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida en servicio activo, mientras que el segundo concede el derecho a los sujetos allí definidos que pierdan su capacidad de trabajo en un porcentaje igual o superior al 50% e inferior al 75% en combate, actos meritorios del servicio, por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

No obstante lo anterior, en sentencia del 28 de febrero de 2013 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado se declaró la nulidad de la expresión «igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)» contenida en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 pues, con base en lo dispuesto en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, se concluyó que el Gobierno Nacional había excedido la competencia que le fue otorgada para regular la materia al fijar un parámetro distinto del 50%¹⁴.

Así las cosas, es plausible afirmar que, en vigencia de la Ley 923 de 2004, los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho a la pensión de invalidez cuando les sobrevenga una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50% durante el servicio activo. Ahora bien, el artículo 6¹⁵ de esta ley definió su

¹⁴ Sobre el particular, sostuvo en esencia la Corporación: «[...] 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. De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo [...]»

¹⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-924 de 2005.



ámbito de aplicación temporal y, por consiguiente, el de su respectiva reglamentación al disponer que:

[...] Artículo 6°. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad **desde el 7 de agosto de 2002**, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley [...] (Negrillas fuera del texto original)

Del análisis anterior, conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez en rigor de la Ley 923 de 2003 y su respectiva reglamentación:

- i) La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez.
- ii) La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. 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.
- iii) La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material.

En línea con lo expuesto, el derecho a la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública surge cuando se genera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por lesiones o afecciones generadas en servicio activo, con independencia de su origen, por lo que se procederá a establecer si en el presente caso se reúnen estas condiciones.

(ii) Análisis del caso concreto

En el proceso, se encuentra acreditado que el señor José David Posada Montoya prestó sus servicios al Ejército Nacional en calidad de soldado regular por un periodo de dos años, seis meses y veintitrés días, transcurrido entre el 23 de noviembre de 2000 y el 16 de junio de 2003, siendo retirado del servicio



por incapacidad permanente parcial¹⁶. Esta condición se produjo por hechos ocurridos el 24 de agosto de 2002 en el municipio de Cocorná, Antioquia, cuando, dando cumplimiento a una orden de montar una emboscada, el hoy demandante resultó herido fruto de la activación de un artefacto explosivo por parte de grupos armados al margen de la ley¹⁷.

De igual manera, se observa el acta de Junta Médica Laboral 1359 proferida el 8 de mayo de 2003¹⁸ por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que se define que el demandante padece una disminución de capacidad laboral de 52.98% con base en los siguientes diagnósticos:

[...] 1. POSTERIOR A EXPLOSION DE MINA SUFRE MULTIPLES HERIDAS POR ESQUIRLAS EN DIFERENTES PARTES DEL CUERPO TRATADO QUE DEJA COMO SECUELA A) MULTIPLES CICATRICES EN DIFERENTES REGIONES DEL CUERPO B) ANQUILOSIS ARTICULACION INTERFALANGICA DEDO INDICE MANO IZQUIERDA.
2. TRAUMA ACUSTICO QUE DEJA COMO SECUELA A) HIPOACUSIA DE 100 DECIBELES OIDO DERECHO B) HIPOACUSIA 20 DECIBELES OIDO IZQUIERDO [...]

Respecto de la imputabilidad del servicio, el literal D. del dictamen señaló:

[...] LESION-1 OCURRIO EN EL SERVICIO POR ACCION DIRECTA DEL ENEMIGO, LITERAL C INFORMATIVO No 38 DE FECHA 24 AGOSTO DEL 2002.
LESIÓN 2 ENFERMEDAD PROFESIONAL EP LITERAL B) [...]

Esta calificación no fue impugnada por el hoy demandante.

Mediante la Resolución 1681 del 31 de mayo de 2005¹⁹, hoy demandada, la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional resolvió negativamente la solicitud que elevó el señor Posada Montoya para que le fuera reconocida la pensión de invalidez. El fundamento de esta decisión fue el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000 que prevé que no hay lugar a dicha pensión cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es inferior al 75%.

El 27 de marzo de 2014, el demandante, a través de apoderado, elevó derecho de petición²⁰ en el que le solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez, el pago de las mesadas adicionales, su reajuste anual y los intereses moratorios por la tardanza en el reconocimiento de dicha prestación.

¹⁶ Constancia expedida el 13 de marzo de 2014 por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército (f. 40).

¹⁷ Informe administrativo por lesiones de 24 de agosto de 2002 (F. 119, vuelto).

¹⁸ Ff. 57-59.

¹⁹ Ff. 75-76.

²⁰ Ff. 79-81.



La respuesta fue otorgada en Oficio OFI14-21977 del 8 de abril de 2014 en el que se negó la petición por considerar que esta ya había sido resuelta por medio de la Resolución 1681 del 31 de mayo de 2005 y que, en todo caso, el régimen normativo del Ministerio de Defensa Nacional es de carácter especial, por lo que las Leyes 776 de 2002 y 1532 (sic) de 2012 no le son aplicables.

Visto lo anterior, las razones que expuso la entidad demandada en el recurso de apelación deben desestimarse pues si bien hay lugar a la aplicación del régimen especial de la Fuerza Pública, en el caso concreto, el porcentaje que define el reconocimiento de la pensión deprecada no es el que establece el Decreto 1796 de 2000 sino el previsto en la Ley 923 del mismo año. Ello es así si se tiene en cuenta que el accidente de trabajo que sufrió el demandante tuvo lugar el 22 de agosto de 2002 y su calificación médico laboral, el 8 de mayo de 2003, esto es, cuando la norma en comento se encontraba en plena vigencia. En estas condiciones, es diáfano que la disminución de la capacidad laboral de 52,98% que padece el demandante determina que le asista derecho a la pensión de invalidez, tal y como lo ordenó el *a quo*.

En conclusión, los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por haberle negado al señor José David Posada Montoya el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuando es claro que este, al tener una merma de capacidad laboral superior al 50% por lesiones o afecciones ocurridas en servicio activo, satisface los requisitos para acceder a dicha prestación.

Segundo problema jurídico

¿El hecho de que el demandante no hubiese controvertido administrativa ni judicialmente el acta de Junta Médica-Laboral supone que no se agotó en debida forma la actuación administrativa?

(i) Debida actuación administrativa

El artículo 161, numeral 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que «[...] cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios [...]», excepción hecha de los casos en que (i) haya silencio negativo o (ii) las autoridades administrativas no hayan dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes, pues en estos eventos la referida norma permite acudir a la jurisdicción de manera directa.



Lo anterior significa que, por regla general, para que poder estudiar de fondo la demanda dirigida contra un acto administrativo de contenido particular, es obligación del administrado ejercer los recursos procedentes dentro del trámite administrativo, siempre que estos sean obligatorios.

(ii) Decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía.

La Ley 923 de 2004 no dispuso un marco específico para la regulación de la evaluación médica de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral. En consecuencia, este tampoco fue un aspecto que desarrollara el Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, el Decreto 1796 de 2000 dispuso en su artículo 14 que son organismos médico laborales militares y de policía (i) la Junta Médico Laboral y (ii) el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Por su parte, el artículo 22 *ibidem* señaló:

[...] Artículo 22. IRREVOCABILIDAD. Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes [...]

Establecido entonces que las decisiones del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar son irrevocables y que contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales, es necesario dilucidar cuándo dichas decisiones pueden ser consideradas como actos administrativos definitivos y, en consecuencia, demandarse directamente ante la administración y cuando son actos de trámite.

Al respecto, la Sala Plena de la Sección Segunda, en auto del 16 de agosto de 2007, precisó²¹:

[...] Los actos expedidos por la Junta Médica Laboral y recurridos ante el Tribunal Médico Laboral, en cuanto determinan una incapacidad inferior a la requerida para tener derecho a la pensión de invalidez, son actos definitivos **en la medida en que impiden seguir adelante con la actuación.**

Sobre el particular, el inciso final del artículo 50 del C.C.A dispone:

“...son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a la actuación cuando hagan imposible continuarla...”
(Subrayas del texto)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. 1836-05.



En las anteriores condiciones, **no es posible exigir al interesado que a pesar de no alcanzar el porcentaje mínimo de incapacidad para tener derecho a la pensión de invalidez, acuda ante la entidad en procura de tal derecho, siendo en cambio procedente, ante la irrevocabilidad de tales actos, acudir en su demanda para que se estudie si estuvo bien fijado el índice lesional, y si además la pérdida de la capacidad es imputable al servicio, lo que conllevaría, en caso de ser favorable al actor, al reconocimiento de la prestación.**

En conclusión, **si el acto del Tribunal Médico Laboral impide continuar con la actuación en la medida en que no permite al afectado solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, no se le puede dar el calificativo de simple acto de trámite y en tal caso, es susceptible de demanda ante ésta jurisdicción [...]** (Negrillas de la Subsección)

Lo anterior significa que el acta de junta médico laboral será un acto administrativo definitivo y, por ende, demandable ante la jurisdicción, cuando su contenido permita entender que no se reúnen los requisitos para la consolidación del derecho a la pensión de invalidez. *Contrario sensu*, tendrá el carácter de acto administrativo de trámite o preparatorio cuando su resultado determine las condiciones médicas necesarias para que surja el derecho pensional y, por consiguiente, esto le permita al interesado acudir a la administración a solicitar su reconocimiento. En todo caso, es importante señalar que esta posición, que ha sido reiterada por la Sección en otros pronunciamientos²², se adoptó con el fin de evitar cargas formales excesivas que pudieran dar paso a decisiones inhibitorias y, con ello, vulnerar la garantía de la tutela judicial efectiva. En tales condiciones, acudir a tal criterio para imponer exigencias que entorpezcan el derecho de acceso a la administración de justicia resultaría un despropósito.

(iii) Caso concreto

En línea con lo anterior, la Subsección considera que, contrario a lo que afirmó la demandada, en el caso concreto, el Acta de Junta Médica Laboral 1359 del 8 de mayo de 2003 es un acto de trámite en la medida en que, al definir que el señor José David Posada Montoya padece una disminución de la capacidad laboral superior al 50%, sirvió como fundamento para que la actuación administrativa continuase con la respectiva solicitud del derecho pensional a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

En armonía con el criterio jurisprudencial y doctrinal unánimemente acogido, según el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo somete a su conocimiento actos administrativos definitivos, entendidos como aquellos que concluyen la actuación administrativa al decidir directa o indirectamente

²² Al respecto puede consultarse la sentencia del 29 de enero de 2015 proferida por la Sección Segunda Subsección B en el proceso con radicado interno 0103-2013.



el fondo del asunto²³, es plausible concluir que el acta en comento no tenía que ser controvertida judicialmente. En esa medida, tampoco resultaría viable exigir que, en sede administrativa, se hubiese interpuesto recurso de apelación en su contra.

En conclusión, el hecho de que el demandante no controvirtiera administrativa ni judicialmente el acta de Junta Médica-Laboral que definió su porcentaje de disminución de la capacidad laboral no vicia en absoluto el debido trámite de la actuación administrativa que se exige como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción.

Tercer problema jurídico

¿Son compatibles la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez y, por ende, no hay lugar a ordenar que de la segunda se descuente lo pagado al señor José David Posada Montoya con ocasión de la primera?

La Sala sostendrá la tesis según la cual la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez son incompatibles toda vez que la contingencia que protege la primera de tales prestaciones se encuentra cubierta con el reconocimiento pensional. En efecto, de las características del régimen prestacional de las Fuerzas Militares, emerge que la naturaleza jurídica de ambos derechos es la de una prestación que tiene la finalidad de cubrir el riesgo de pérdida de la capacidad laboral al que están enfrentados, de manera especial, los miembros de las Fuerzas Públicas, propósito que se enmarca en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social, como se desprende del siguiente aparte:

[...] Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma²⁴ [...] ²⁵

²³ Artículo 43 de la Ley 1437 de 2011.

²⁴ Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

²⁵ Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.



De acuerdo con ello, en uno y otro caso la fuente de la obligación sería una pérdida de la capacidad laboral permanente, de manera que no resultaría admisible justificar un doble suministro prestacional con base en la misma causa. Sobre el particular, ha señalad la Corporación:

[...] la Sala no comparte el argumento del Tribunal en cuanto declaró, con fundamento en el Decreto 1213 de 1990, la compatibilidad de la pensión de invalidez, reconocida a favor del actor, y la indemnización por disminución de su capacidad, toda vez que como lo ha sostenido de forma consistente y reiterada esta Sección²⁶ ambas prestaciones 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 [...] ²⁷

En conclusión, la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez no son compatibles. En consecuencia, es procedente el descuento, debidamente indexado, de lo que se hubiere pagado al señor José David Posada Montoya por virtud de la primera.

Cuarto problema jurídico

¿La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional debe reconocer y pagar al demandante intereses de mora sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas?

La Sala encuentra que no hay lugar a revocar la decisión del *a quo* consistente en negar la condena al pago de intereses moratorios pues, en efecto, dicho pago resulta improcedente por las razones que se explican a continuación.

El artículo 53 de la Carta Política estableció que el pago oportuno de las mesadas es un principio mínimo fundamental que debe ser tenido en cuenta por la ley correspondiente y, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrolló dicho mandato constitucional al señalar que, a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de las que trata la mencionada ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago²⁸.

²⁶ Sentencia de 8 de abril de 2010. Rad. 081-2009. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de marzo de 2013, radicación 05001-23-31-000-2002-02922-01 (1471-12). También puede consultarse la sentencia del 9 de abril de 2014 en el proceso con radicación 18001-23-31-000-2005-00076-01(0863-11).

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia 52001-23-33-000-2015-00074-01. En dicha sentencia se estableció que los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no son más que una forma de conminar a la entidad previsional encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados en su calidad de vida, para mantener el poder adquisitivo del valor de su pensión, pues en principio esta es sería la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral.



En adición a lo anterior, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo previó que las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto.

Por lo anterior, el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago²⁹, lo cual no ocurre en el presente caso, donde la entidad demandada se ha negado al reconocimiento del derecho pensional.

De otro lado, debe descartarse la Ley 1328 de 2009 como sustento de esta súplica porque el ámbito de aplicación de aquella es ajeno a la materia, como puede advertirse de la lectura de su artículo 1.º cuando dispone que su objeto es regir «[...] la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección. Para los efectos del presente Título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero, toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores [...]».

En conclusión: No hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ni aquellos de que trata el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente proceso el 12 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad.

De la condena en costas

Ahora, respecto de la citada condena en esta instancia, se tiene que esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez³⁰ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05069-01(0505-17).

³⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.



- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Bajo ese hilo argumentativo, sería del caso señalar que a ambas partes se les resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación, por lo que, de conformidad con el artículo 365 del CGP, numeral 1, habría lugar a condenarlas en costas en esta instancia. Sin embargo, como en el expediente no aparece demostrado que se causaron, la Sala se abstendrá de proferir condena en tal sentido.

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

³¹ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



275

Radicado: 050012333000201501359-01 (4887-2016)

Demandante: José David Posada Montoya

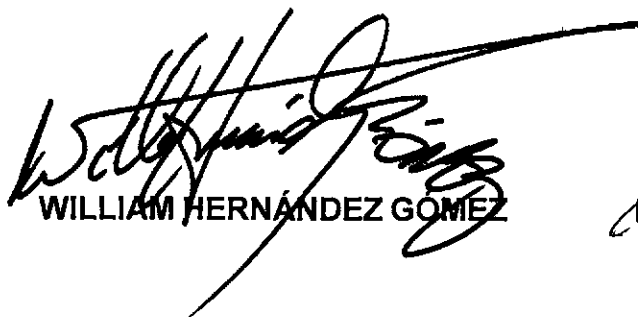
FALLA

Primero: Confírmese la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor José David Posada Montoya, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

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


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Proceso recibido en secretaría
25 JUL 2019
Hoy