



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., primero (1º) de agosto de dos mil dieciséis (2016). SE. 080

Radicado: 270012331000201100220 01

Número interno: 4103-2015

Actor: Mauricio Potes Feria

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Decreto 01 de 1984

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Sexta de Descongestión, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, el señor Mauricio Potes Feria, por conducto de apoderado, demandó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fols. 15-22).

Pretensiones

1. Se declare que, al guardar silencio, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional respondió negativamente la petición de reconocimiento y pago de pensión de invalidez y reajuste de indemnización que elevó el actor el 2 de diciembre de 2010.
2. Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto resultante de la falta de contestación a dicha solicitud.

3. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez en una cuantía superior al setenta y cinco por ciento (75%) del salario que devengaba al momento de su retiro, prestación que deprecó con retroactividad a la fecha en que se configuró su pérdida de capacidad laboral permanente y absoluta.
4. Se condene a la entidad demandada al reajuste de la indemnización que legamente le corresponde, previo el respectivo descuento de lo que ya le fue reconocido por este concepto al demandante.
5. Se ordene la indexación de las sumas condenadas.
6. Se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes como reparación de los perjuicios causados.
7. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

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

1. El señor Mauricio Potes Feria prestaba sus servicios en el Ejército Nacional, entidad que al momento de retirarlo del servicio activo le calificó una pérdida de capacidad laboral de 47,77%.
2. Las lesiones que dieron lugar a dicha evaluación médica se originaron durante su permanencia en el Ejército Nacional y son de tal gravedad que lo mantienen al margen de cualquier actividad laboral, por lo que afirma que el dictamen emitido por el área de medicina laboral de la demandada es desproporcionado y no se ajusta a las premisas del Decreto 94 de 1989.
3. Desde el momento de su retiro del servicio, el demandante no ha presentado recuperación de su condición médica y ante la imposibilidad de obtener ingresos razonables, su tratamiento ha dependido del apoyo que le brindan sus familiares.

4. Indicó que su retiro del servicio de la entidad demandada obedeció a que su estado sicofísico le impedía desempeñarse como soldado y que igualmente en el sector privado, ha sido un obstáculo para acceder a una actividad laboral.
5. Adujo que, en petición que le fue denegada, solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización, previa valoración de su estado médico, así como el suministro de los tratamientos y medicamentos respectivos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2 y 5 de la Constitución Política, 2 y 3 del CCA, el 9 del Código Sustantivo del Trabajo, el 39 del Decreto 1796 de 2000 y el 15, 47, 86,87 y 90 del Decreto 94 de 1989.

Al respecto señaló el demandante que a su ingreso al Ejército Nacional, se encontraba en óptimas condiciones de salud, las cuales fueron gravemente alteradas estando al servicio activo de dicha entidad, lo que le ha impedido desempeñar una actividad laboral remunerada, le ha provocado un complejo de inferioridad y ha impactado su normal desenvolvimiento en las actividades de la vida social. Sostuvo que la negativa de la entidad demandada para reconocer y pagar la pensión de invalidez supone el desconocimiento de principios de protección laboral desarrollados en el artículo 2 de la Constitución Política y en los artículos 2 y 3 del CCA.

Precisó que no satisface criterios de justicia y equidad el hecho que quien ingresó a prestar un servicio a la patria en la plenitud de sus facultades sicofísicas se vea sometido a volver a su vida particular en lamentables condiciones de salud, sin poder gozar de la prestación social que legalmente le corresponde. En su concepto, esta situación vulnera los artículos 25 de la Constitución Política y 9 del Código Sustantivo del Trabajo.

Arguyó que debido a la verdadera discapacidad que presenta, se está vulnerando de manera manifiesta lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000 con relación a la pensión de invalidez, así como lo establecido en su artículo 37 y en los artículos 71, 72 y 76 del Decreto 94 de 1989 en lo que respecta a la indemnización.

Expresó su inconformidad con el dictamen de calificación emitido por el Ejército Nacional que, a su modo de ver, no incluyó todas las lesiones que padece ni tuvo en consideración que las mismas han deteriorado su estado de salud de manera progresiva, con lo que argumentó el desconocimiento del Decreto 94 de 1989.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – 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 (fols. 38 – 51).

Citó varios pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, para concluir que en este caso no se solicitan derechos ciertos e indiscutibles puesto que el accionante pretende el cambio en la calificación actual de pérdida de capacidad laboral en aras de acceder a la pensión de invalidez. Adujo que según el dictamen médico emitido por la entidad demandada, el actor padece una pérdida de capacidad laboral de 47,77% que fue calificada en el servicio pero no por causa del mismo, de manera que se trata de una enfermedad común. Según la entidad, esto determina que no sea procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez en los términos del artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

De igual forma, adujo que si el demandante no estaba conforme con dicha calificación, debió haberla controvertido con el propósito que la misma fuera revisada en segunda instancia por un Tribunal Médico y que al no hacerlo, no agotó la vía gubernativa.

Por último, expuso que en la petición que según el demandante dio origen al acto ficto no se solicitó de manera directa el reconocimiento de la pensión de invalidez ni el reajuste de la indemnización, por lo que aduce que dicho acto no se puede demandar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE (fols. 123-129)

Afirmó que por disposición expresa del numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, los miembros de la Fuerza Pública que registren una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50% tienen derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que sea dable, como pretende la entidad demandada, la aplicación del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004

ya que este fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013 por considerar que el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de las competencias reglamentarias que le fueron conferidas.

Indicó que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 consagró este derecho pensional en semejantes condiciones a las de la Ley 923 de 2004, es decir, bajo la exigencia del mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral y en ese orden de ideas, aquella ley también resultaría aplicable a la luz del principio de favorabilidad, conforme lo ha reiterado la doctrina y la jurisprudencia.

De acuerdo con lo anterior, el accionante arguyó que la exigencia de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% riñe con lo establecido en la normativa precedente, motivo por el cual consideró debió habersele reconocido el derecho a la prestación en comento.

Para concluir, la parte actora hizo referencia a algunos pronunciamientos jurisprudenciales relativos al asunto y solicitó acatar el precedente.

PARTE DEMANDADA (fols. 116-122)

Adujo que esa entidad le brindó al demandante las prestaciones médico asistenciales para el restablecimiento de su condición médica, que realizó el informe administrativo por lesiones y convocó a la junta médica para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, cuyo dictamen sirvió de fundamento para reconocerle la indemnización respectiva.

Insistió en la imposibilidad de realizar el reconocimiento pensional con base en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 pues dice que el actor no reúne los requisitos establecidos en la norma respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral ni de las causales que han dado origen a la misma.

Sostuvo que tanto la Ley 100 de 1993 como la Ley 776 de 2002 resultan inaplicables pues el artículo 279 de aquella excluye expresamente a los miembros de la Fuerza Pública del Sistema Integral de Seguridad Social contenido allí. Por el contrario, estos se encuentran cobijados por el régimen especial que consagra el Decreto Ley 94 de 1989, último que solo podría entenderse derogado por una ley especial y posterior a la luz de principios de hermenéutica jurídica contemplados en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887.

Señaló que en virtud del principio de inescindibilidad de la ley no es posible que el actor pretenda, respecto de un mismo asunto, acogerse a la ley especial y a la general eligiendo de cada una lo que le resulte favorable.

Finalmente, señaló que en el evento en que se le otorgue la pensión de invalidez al actor, debe descontarse lo recibido por éste por concepto de indemnización ya que el reconocimiento de una y otra prestación es incompatible.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ente de control se abstuvo de emitir pronunciamiento en esta instancia.

SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 26 de junio de 2015 (fols. 148 - 157), el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Sexta de Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda.

Como primera anotación, aclaró que en el presente caso el acta de la junta médico laboral constituía un acto de trámite pues el que verdaderamente puso fin a la actuación administrativa fue el acto ficto o presunto resultante de la falta de respuesta al derecho de petición que formuló el accionante el 2 de diciembre de 2010. En ese orden de ideas, concluyó que no le era exigible al demandante haber acusado el acta de junta médica y que resultó acertado dirigir la censura contra el acto ficto en cuestión.

En relación con la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa, consideró que las pretensiones de la reclamación administrativa y las formuladas en sede judicial se encuentran estrechamente relacionadas y agregó que la misma no resultaba procedente puesto que tratándose de actos administrativos fictos, como el que acá se demanda, no es obligatoria la interposición de los recursos de la vía gubernativa.

Sostuvo que la excepción de caducidad de la acción no estaba llamada a prosperar ya que dicho fenómeno no opera respecto de prestaciones periódicas.

Como problema jurídico, consideró que era necesario establecer la legalidad del acto ficto o presunto objeto de censura, así como definir si hay lugar a otorgarle al actor la pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización por la pérdida de capacidad laboral.

Con el fin de dar solución al mismo, 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 consagraba el derecho a tal prestación cuando la pérdida de capacidad laboral era igual o superior al 75%.

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 expidió el Decreto reglamentario 4433 de 2004. Explicó 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, señaló que el Consejo de Estado, en sentencia de 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%.

Concluyó que es inocuo analizar la favorabilidad del régimen general que prevé el Sistema General de Pensiones frente al régimen especial estudiado ya que ambos contemplan el mismo requisito en cuanto al porcentaje de invalidez mínimo para acceder a la prestación.

Al estudiar el caso concreto, la sentencia sostuvo que no podía tenerse en cuenta el dictamen practicado en el proceso por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta ya que éste señala como fecha de estructuración el 21 de agosto de 2008 y para entonces había transcurrido un año, nueve meses y doce días desde el momento en que el actor se retiró de la entidad demandada.

Por consiguiente, reconoció pleno valor probatorio a la calificación que efectuó la Junta Médica del Ejército Nacional y denegó al demandante el derecho a la pensión de invalidez pues según lo establecido en la Ley 923 de 2004 se exige como mínimo una disminución de capacidad laboral del 50%.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fols. 160 – 171) el que fundamentó en lo siguiente:

Indicó que el demandante obtuvo una calificación de pérdida de capacidad laboral de 71,30%, la cual supera ampliamente el 50% exigido para acceder al reconocimiento pensional. Adujo que las lesiones que dieron lugar a dicha calificación se originaron durante su permanencia en el servicio a la entidad demandada pero las mismas se han agravado con el paso del tiempo.

Adujo que el peritazgo emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta incluye las delicadas patologías que padece el demandante, su origen, fecha de estructuración y principalmente su porcentaje real de discapacidad Médico laboral. Anotó que no era posible desconocer su valor probatorio ya que cumplió con los requisitos de oportunidad, publicidad y contradicción, sin que fuera tachado en forma alguna por la entidad demandada. Preciso igualmente que no podía preferirse el acta emitida por la Junta Laboral del Ejército Nacional sobre la prueba pericial practicada en el proceso ya que la primera es tan solo un acto de trámite o preparatorio.

Citó algunos pronunciamientos jurisprudenciales relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez, el principio de favorabilidad, la imprescriptibilidad del derecho y la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales, para luego concluir con la solicitud consistente en que se acojan las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia (f. 203).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fols. 193 – 202)

Luego de realizar un recuento de las actuaciones procesales surtidas, la vista fiscal analizó el marco normativo concerniente a la pensión de invalidez de las Fuerzas Militares, para lo cual hizo mención a los artículos 89 y 90 del Decreto 0094 de 1989, los artículos 37 y 38 del posterior Decreto 1796 de 2000, los artículos 3 y 6 de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año. Explicó que mediante sentencia del 28 de febrero de

2013 proferida por el Consejo de Estado, se declaró la nulidad del artículo 30 del último de los decretos y que por consiguiente, la norma vigente en la materia es la Ley 923 de 2003 que en su artículo 3, numeral 3.3., exige una pérdida de capacidad laboral mínima del 50% y en armonía con su artículo 6, admite el reconocimiento de la pensión de invalidez por lesiones ocurridas en actos de simple actividad.

Manifestó apartarse de la decisión del *a quo* consistente en negar todo valor probatorio al dictamen pericial practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, según el cual el actor padece una pérdida de capacidad laboral de 71,30%. Al respecto, indicó que no podía exigirse que la fecha de estructuración de la invalidez fuera anterior a aquella en que el actor se retiró del Ejército Nacional porque es ilógico requerir que sus lesiones se mantengan intactas con el paso del tiempo, máxime cuando se encuentra demostrado que las mismas corresponden a un origen profesional.

Con base en ello, concluyó que el actor supera con creces el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral exigido y por consiguiente reúne los requisitos para que se le reconozca el derecho a la pensión de invalidez, lo que impone revocar la sentencia proferida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

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

- i) ¿El señor Mauricio Potes Feria reúne los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y por ende, se desvirtuó la presunción de legalidad del acto ficto o presunto resultante de la falta de respuesta a la petición que elevó el actor al Ejército Nacional el 2 de diciembre de 2010?
- ii) ¿El señor Mauricio Potes Feria tiene derecho al reajuste de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica?

Para efectos de resolver el primer problema jurídico planteado, 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. Y en lo atinente al segundo problema jurídico, se estudiará la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y el caso concreto.

1. 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 quedó 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 la protección 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 279¹ 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

¹ 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.”¹. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

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 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 igualmente 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 2000², que tendría como efecto la derogatoria tácita de la anterior reglamentación, salvo por lo dispuesto en el artículo 48 ibídem 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 regulación³.

El 30 de diciembre de 2004, fue proferida y publicada la Ley marco núm. 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

² 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.

³ “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.”

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 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 [...]”

Ahora bien, los términos definidos en esta Ley y por consiguiente, en su respectiva reglamentación serían aplicables únicamente a hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002, pues así lo ordenó su artículo 6, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-924 de 2005.

El Decreto 4433 de 2004 se encargó de desarrollar la Ley marco 923 de 2004 y particularmente 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 3º de la Ley 923 de 2004, se concluyó que el

Gobierno Nacional había excedido la competencia que le fue otorgada para regular la materia⁴.

Ahora, es bien sabido que la nulidad de una disposición requiere una declaratoria judicial y en el caso en cita el pronunciamiento no abarcó de manera expresa la totalidad del artículo 30 ibídem sino únicamente la expresión aludida. Sin embargo, en fallo del 23 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, esta Corporación precisó el alcance de aquella sentencia y declaró la nulidad del párrafo contenido en dicha disposición, al indicar:

“[...] Como surge del análisis conjunto de la totalidad del contenido normativo del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, los numerales 30.1, 30.2 y 30.3 de esta disposición tienen como punto de referencia necesario que exista una incapacidad laboral “igual o superior al setenta y cinco por ciento 75%”, ocurrida en servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, esos tres numerales del artículo citado parten de la base de la existencia de tal incapacidad para ordenar entonces como será liquidada, pues no se tendría ningún derecho si esa incapacidad laboral fuese inferior al 75%, lo que significa que tal liquidación con los porcentajes que allí se señalan, carece entonces de fundamento, debido a que la disminución de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 75% que le servía de base desapareció del Ordenamiento Jurídico. Igual ocurre con la base de liquidación de la pensión de invalidez del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y la del personal de soldados profesionales a que se refieren los párrafos 1° y 2° del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, pues estas también parten del supuesto de la existencia de una incapacidad laboral igual o superior al 75% que exige el artículo en mención, exigencia esta cuya nulidad ya se declaró

⁴ 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 [...]”

por esta Corporación; y, por la misma razón, resulta también afectada de invalidez la disposición contenida en el párrafo tercero de la norma que se analiza por cuanto ella se refiere a un aumento en un 25% del monto de la pensión de invalidez que habría de ser liquidada, cuando se cumpla el requisito de la existencia de una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% que afecte a un integrante de la Fuerza Pública y que hubiere ocurrido en servicio activo, lo que sirve de base al descuento de ese porcentaje adicional del 25% para efectos de la sustitución pensional que se ordenan en el aludido párrafo 3° de la norma acusada [...]"

Ante la ausencia de reglamentación en la materia que resultó de estos pronunciamientos, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1157 de 2014, *"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"*. El artículo 2 de esta normativa consagró lo relativo al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez en los siguientes términos:

"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 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%).

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 Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional.

Parágrafo 2. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto Ley 1793 de 2000, serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.

Parágrafo 3. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición ésta, que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la mesada pensional se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de ésta pensión, se descontará éste porcentaje adicional.”

Acorde con lo anterior, en la actualidad los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario núm. 1157 de 2014. De lo establecido en estas disposiciones conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento de este derecho:

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.

Análisis del caso concreto.

En el expediente obra el acta de junta médica laboral núm. 27572 proferida el 22 de noviembre de 2008 por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional (fols. 6 y 7) en la que se define una pérdida de capacidad laboral de 47,77% con base en los siguientes diagnósticos:

“1) SANO POR PSIQUIATRÍA – 2. LUMBALGIA MECÁNICA SIN RADICULOPATIA VALORADA Y TRATADA POR ORTOPEdia CON FISIOTERAPIA Y ANALGESICOS – 3) GONALGIA RODILLA DERECHA VALORADA Y TRATADA POR ORTOPEdia QUIRURGICAMENTE CON ARTROSCOPIA FISIOTERAPIA Y MEDICAMENTOS – 4) REFIERE EN EL 2007 TRAUMA NE CRANEO AL CAER DESDE UN ABISMO, VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA QUE DEJA COMO SECUELA A: CEFALEA TENSIONAL – 5) EPILEPSIA VALORADA Y TRATADA POR NEUROLOGIA CON MEDICAMENTOS – 6) INSOMNIO DE CONCILIACION Y RECONCILIACION VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA CON MEDICAMENTOS [...]”

No obstante lo anterior, en el plenario se practicó una prueba pericial por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, quien el 25 de junio de 2013 emitió el dictamen núm. 6322871 (fols. 98 – 101) en el que

le calificó al actor una pérdida de capacidad laboral de 71,30% estructurada el 21 de agosto de 2008. La ponencia del dictamen sostuvo:

“Según historial del Hospital Militar Central, 02/11/2011, ortopedia, 0470872008, realizaron en rodilla derecha, realineamiento en junio de 2008, signos y síntomas, dolor de columna y rodilla derecha DX lumbalgia mecánica, gonalgia rodilla derecha. Neurología 21/08/2008: signos y síntomas, con síndrome cerebral crónico (epilepsia) cefalea tipo peso bitemporal. Neurología: Paciente que en el 2008 sufrió un trauma craneoencefálico al parecer con pérdida de conciencia de 24 horas, posterior al trauma refiere agresividad, pérdida de memoria e insomnio. Neuropsicología: Conclusión: presenta dificultad en proceso de sostenimiento de la atención, aspecto que incide en un adecuado almacenamiento de la información. Ortopedia, realizaron realineamiento distal de rótula derecha + descenso del tubérculo distal. Refiere dolor perirotuliano izquierdo con marchas prologadas, subir y bajar escaleras. Siquiatría 20/06/2012: Trastorno por estrés postraumático severo. Trastorno delirante orgánico severo. EN EL EXAMEN FIISCO (sic) ENCONTRAMOS: MMII, cicatrices quirúrgicas en cara anterior de ambas rodillas. Limitación de la flexión de ambas rodillas, acompañadas de dolor, restricción de AMA de 40%. Calificación de la pérdida de capacidad laboral, 1. Lumbalgia crónica, Numeral 1-061 literal a Índice 1 (9%). 2. Lesiones de rodillas, Numeral 1-190 literal b Índice 10 (29%). 3. Sind convulsivo Numeral 4-035 literal a Índice 4 (11%). 4. Trastorno por estrés postraumático, Numeral 3-040 literal b Índice 14 (50.5%). DLT: 71,3. Fecha de estructuración 21/08/2008 DX neurología.”

La Subsección advierte que dicho dictamen tiene plenos efectos probatorios ya que si bien la entidad demandada realizó un intento por controvertirlo, el mismo resultó infructuoso pues en auto del 10 de marzo de 2014 (fols. 111-114) el Tribunal Administrativo del Antioquia se abstuvo de tramitar la solicitud efectuada, a lo que la parte interesada guardó silencio. Adicionalmente, no se observa que la prueba en comento adolezca de algún vicio formal o material que pueda comprometer su validez.

Por tal razón, resulta diáfano que la pérdida de capacidad laboral del actor es del 71,30% de manera que de conformidad con las normas precitadas se configura un estado de invalidez que da lugar al reconocimiento y pago de la respectiva prestación pensional.

Al negarle valor probatorio al dictamen pericial practicado dentro del proceso

con fundamento en la fecha de estructuración que este define, la sentencia de primera instancia desconoció abiertamente la situación real de invalidez que afecta al demandante, lo que no es admisible, máxime si se tiene en cuenta que las afecciones médicas que dieron lugar a su estado fueron contraídas en servicio activo y ha sido el paso del tiempo, según sugieren las calificaciones obrantes en el plenario, el que ha dado lugar a que tales afecciones progresen y con ello, incrementen su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En conclusión, el señor Mauricio Potes Feria reúne los requisitos legalmente establecidos para ser beneficiario de la pensión de invalidez, esto es, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por lesiones o afecciones ocurridas en servicio activo. Por lo tanto, se desvirtuó la legalidad del acto administrativo ficto o presunto resultante de la ausencia de respuesta al derecho de petición elevado el 2 de diciembre de 2010 ante la la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Segundo problema jurídico

¿El señor Mauricio Potes Feria tiene derecho al reajuste de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica?

La Ley 923 de 2004 no dispuso un marco específico para la regulación de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública y en consecuencia, este tampoco fue un aspecto que desarrollaran los Decretos 4433 de 2004 y 1157 de 2014.

Sobre la materia, el Decreto 1796 de 2000 dispuso lo siguiente en su artículo 37:

“El derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y se liquidará teniendo en cuenta las circunstancias que a continuación se señalan:

- a. En el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad y/o accidente común.*
- b. En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo.*
- c. En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas*

de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional.”

Dado que esta normativa confió al Gobierno Nacional la reglamentación del derecho a la indemnización, dispuso un artículo transitorio para indicar que el procedimiento y criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989 hasta que aquella fuera expedida. De esta forma lo previó el artículo 48 ibídem que es del siguiente tenor:

“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.”

Así las cosas, se concluye que en la actualidad las disposiciones que gobiernan lo relativo a la indemnización por disminución de la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidas en el Decreto 94 de 1989. Sin embargo, no hace falta ahondar en ellas pues se observa que la pretensión consistente en el reajuste de la indemnización no está llamada a prosperar debido a la pensión de invalidez a que tiene derecho el actor. Ello es así ya que en uno y otro caso, la fuente de la obligación sería la misma, una pérdida de la capacidad laboral permanente igual o superior al 50%, de manera que no resultaría admisible justificar ese doble suministro prestacional con base en la misma causa.⁵

Lo anterior no anula la posibilidad que una persona llegue a recibir ambas prestaciones pero nunca de manera concurrente. Esto sucedería si a un pensionado por invalidez se le revisa su condición médica y se obtiene un porcentaje inferior al 50%, lo que daría lugar a la pérdida de su derecho a la pensión y al reconocimiento de la indemnización por discapacidad psicofísica. *A contrario sensu*, si a una persona a la que se le ha reconocido dicha indemnización se le revisa su grado de pérdida de capacidad laboral, con un resultado superior al 50%, se le deberá reconocer el derecho a la pensión por invalidez sin realizar descuento alguno. Nótese que en estos eventos la fuente de la obligación no es la misma, ya que en virtud del trámite de

⁵ Al respecto pueden consultarse la sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 9 de abril de 2014, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren en el proceso con radicación 18001-23-31-000-2005-00076-01(0863-11) y el 20 de marzo de 2013, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve en el proceso con radicación 05001-23-31-000-2002-02922-01(1471-12).

revisión de la calificación de pérdida de capacidad laboral se logra establecer una variación sustancial en las condiciones médicas de la persona que hace que esta adquiera o pierda la condición de inválida, lo que fundamenta el nuevo reconocimiento prestacional. Por este motivo, la petición de la entidad demandada para que se descuente lo que dice haber pagado al demandante por concepto de indemnización, no está llamada a prosperar.

En conclusión, el señor Mauricio Potes Feria no tiene derecho al reajuste de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica puesto que el suministro de ambas prestaciones de manera simultánea resulta incompatible.

Decisión de segunda instancia:

Por lo expuesto la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Sexta de Descongestión y en su lugar ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante con retroactividad a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 21 de agosto de 2008.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor a título de mesada pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

No habrá lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

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,

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Sexta de Descongestión que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar,

Declarar la nulidad del acto ficto o presunto resultante de la falta de contestación de la petición formulada el 2 de diciembre de 2010, mediante el cual se denegó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor Mauricio Potes Feria.

Segundo: Declarar que el señor Mauricio Potes Feria tiene la condición de inválido por padecer una pérdida de capacidad laboral de 71,30%, estructurada el 21 de agosto de 2008.

Tercero: Ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reconocer y pagar al señor Mauricio Potes Feria la pensión de invalidez en la forma establecida en la parte motiva de esta providencia, a partir del 21 de agosto de 2008.

Las sumas resultantes a favor del demandante, se ajustarán en su valor, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente decisión.

Cuarto: 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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO