



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE  
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas**

Sincelejo, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

|                    |                                            |
|--------------------|--------------------------------------------|
| <b>ASUNTO:</b>     | <b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>      |
| <b>M DE C:</b>     | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>          |
| <b>RADICADO:</b>   | <b>70-001-33-33-003-2015-00001-01</b>      |
| <b>DEMANDANTE:</b> | <b>OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA</b>          |
| <b>DEMANDADO:</b>  | <b>NACIÓN-MINDEFENSA - ARMADA NACIONAL</b> |

**OBJETO DE LA DECISIÓN:**

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**1. ANTECEDENTES.**

**1.1. LA DEMANDA**

El señor **OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA**, por conducto de apoderado judicial presento demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA ARMADA NACIONAL**, **solicitando:**

- Que se declare la **Nulidad de la Resolución No. 4235 de Fecha 12 de noviembre de 2013** mediante la cual la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, declara que no hay lugar a reconocimiento y pago alguno por concepto de pensión de invalidez.
- Que se ordene a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y/o Armada Nacional, a que le reconozca y pague a favor del actor una pensión mensual vitalicia de invalidez en cuantía del 100% del porcentaje que resulte probado, liquidado sobre el sueldo que se fije para un Ex - Soldado Voluntario de la

Armada Nacional, y el Suministro Oportuno de atención Médica, Quirúrgica, Farmacéutica y Hospitalaria.

- Que se inaplique el Artículo 90 del Decreto 094 de 1.989, en el cual se basó la entidad para negar el Reconocimiento y Pago de Pensión de Invalidez a mi representado, por ser este violatorio de los artículos 38, 39, 40 y 279 de la Ley 100 de 1.993 en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de Nuestra Carta Magna. Por lo tanto en su lugar se le dé total aplicación a la Ley 100 de 1.993 en sus Artículos 38, 39, 40 y 279 por ser esta una norma de carácter sustancial y vigente al momento de retirar del servicio militar al actor de la Institución.
- Que se indexe en condena y se ordene el descuento de las mesadas que pudiera haberse recibido por el mismo concepto.

Como **fundamentos facticos**, en la demanda se afirmó que:

El señor OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA, ingresó como Infante de Marina Bachiller a prestar el servicio militar en la Armada Nacional el día 1 de febrero de 1987, en el Batallón de entrenamiento de Infantería de Marina N° 1 en Coveñas – Sucre, encontrándose y siendo declarado apto.

Fue dado de baja como infante de Marina Bachiller mediante Resolución N° 196 de 1998 y nuevamente reincorporado pero como Infante de Marina Voluntario en la Armada Nacional, mediante orden administrativa N° 035COARCDIPER 88 de 4 de octubre de 1988.

El día 7 de diciembre de 1989, en cumplimiento de una misión de orden público, la patrulla en donde se encontraba fue emboscada por un grupo de guerrilleros, sufriendo varias lesiones y trauma en su integridad física como es la pérdida visual del ojo izquierdo.

Debido al trauma sufrido en el ojo izquierdo, la Junta Médico Laboral, valoró su incapacidad, dictaminando una disminución de su capacidad laboral en 18%, la cual quedó plasmada en el acta N° 011 de 21 de febrero de 1996 y declarándolo no apto para continuar el servicio militar.

El día 27 de abril de 1996, fue convocado por el Tribunal Médico Laboral de revisión militar para revisar su caso y se decidió modifica el acta N° 11 de 96 de la Junta Médico Laboral.

Dicha modificación estableció que, la disminución de la capacidad laboral era de un 57% y que las lesiones sufridas fueron por causas del servicio, además que el índice de la lesión es de 15 puntos.

Mediante orden administrativa N° 423 de 7 de agosto de 1996, el comandante de la Armada Nacional, decide retirarlo del servicio por pérdida de la capacidad laboral para la actividad militar, basada en la junta médica laboral N° 11-96 de 21 de febrero de 1996.

El día 22 de abril de 2013, presentó petición, solicitando reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral de 57%. Petición que fue respondida mediante resolución N° 4235 de 12 de noviembre de 2013, negándole el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión por invalidez.

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La parte demandada en tiempo concurre al proceso y contesta la demanda, señalando que se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita sean negadas, considerando que al actor no le asiste derecho a la pensión de invalidez solicitada por no ser el régimen aplicable la Ley 100 de 1993, además porque el artículo 90 del Decreto Ley 94 de 1989, atendiendo a la incapacidad establecida no le da lugar al reconocimiento pretendido.

Afirmó que no se presenta una causal que permita la anulación del acto demandado, porque fue expedido de acuerdo con la Ley; formulando como excepciones, las que denominó, I) carencia de derecho – inexistencia de la obligación de la demanda – prescripción de las mesadas pensionales; II) Irretroactividad de la Ley 100 de 1993, porque el hecho que generó la incapacidad ocurrió el 7 de diciembre de 1989 y la ley 100 de 1993 inició su vigencia el 1 de abril de 1994.

En su defensa, igualmente expone la entidad demandada que si bien es cierto cuando el actor sufre las lesiones era soldado voluntario, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo las reglas de la Ley 100 de 1993 en los artículos 38, 39 y 40, porque el artículo 279 exceptúa de manera expresa a las fuerzas militares del sistema integral de seguridad social y para el momento del suceso que genera la reclamación pensional, estaba vigente para el régimen especial de las fuerzas militares la Ley 131 de 1985 y el decreto 94 de 1989 que en su artículo 94 establece la pensión de invalidez cuando la disminución de la capacidad laboral es del 75% o superior, porcentaje que no cumplía el actor.

### 1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia escrita el 30 de junio de 2017, negando las pretensiones de la demanda.

Para el efecto y luego de realizar un recuento normativo y jurisprudencial de la pensión de invalidez en las fuerzas militares, manifestó que los soldados voluntarios y profesionales tienen establecido un régimen especial. Destacándose que, cuando se trata de pago de prestaciones sociales por reconocimiento de pensión por invalidez con ocurrencia del servicio prestado, el titular tiene derecho al disfrute de la respectiva indemnización, con ocasión del accidente laboral en actos propios del servicio o inherentes al mismo, por lo que resulta evidente, que tiene derecho a recibir dicha prestación. Aunado a ello se hace en aplicación única y exclusiva del régimen prestacional dispuesto para el personal exclusivo de las Fuerzas Militares, como bien lo ha dejado expresado el Consejo de Estado en innumerables sentencias, atendiendo el régimen especial de estos servidores público por lo que no está permitido a dar paso a la aplicación de la Ley 100 de 1993 como lo pretende el demandante; postura que ha sido tomada por la Corte Constitucional en Sentencia T- 1043 de 2012.

En el caso concreto, indicó que

*“el Sr. OMAR ANTONIO DEL RÍO ARIZA, pretende se le reconozca la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, con ocasión al retiro del servicio el 07 de agosto de 1996 por disminución de la capacidad laboral, con ocurrencia de la pérdida laboral en uno de sus ojos, como consecuencia de la acción del enemigo y en tareas de mantenimiento del orden público.*

*Ahora bien, la entidad accionada en la contestación de la demanda, señaló que no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante, por cuanto no alcanza el requisito establecido en el Decreto 094 de 1989, referente a la pérdida igual o superior del 75% de la capacidad laboral.*

*Para el sub examine, se tiene que el Sr. OMAR ANTONIO DEL RÍO ARIZA, perteneció a la Armada Nacional y ostentaba el grado de Infante de Marina<sup>20</sup>, iniciando sus servicios como Soldado Regular el 01 de febrero de 1987 hasta el 30 de julio de 1988 y como Soldado Voluntario desde el 01 de septiembre de 1988 hasta el 07 de noviembre de 2006, fecha en la cual fue retirado por disminución de la capacidad laboral.*

*Mediante acta de Junta Médico Laboral Militar o de la Policía N° 011-96 del 23 de febrero de 1996, se aprobó que el Sr. Omar del Río Ariza, se le diagnosticó pérdida de la capacidad laboral en un 18%, el cual se determinó como incapacidad relativa y permanente, y de conformidad al Decreto 094 de 1989 se encuadró con un índice 721.*

*Por otro lado, en el Acta del Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía N° 1234 del 27 de septiembre de 1996, se modificó en el Literal C, D y E del Acta N° 011-096 del 23 de febrero de 1996 de la Junta Médico Laboral Militar o de la policía, en lo referente al porcentaje de la disminución de la capacidad laboral, la cual fue porcentuada en 57%, así como también se estableció que la pérdida se debió con ocasión de la acción del enemigo y en tareas de mantenimiento del orden público, como se observó en el Informe Administrativo por lesiones BAFIM 5 de diciembre 7 de 1989, además el Tribunal dijo que el Índice de Lesión es de 15 puntos<sup>22</sup>, el cual es adjuntado y firmado por el comandante del Batallón de Fusileros de IM N° 523.*

*Se demostró que, al actor se le reconoció y pagó el tiempo del servicio prestado, así como el pago de la indemnización por la pérdida de incapacidad laboral, con ocasión del accidente sufrido en ejercicio de sus funciones<sup>24</sup>.*

*El Demandante aportó el Historial clínico del Sr. Omar Antonio del Río Ariza<sup>25</sup>, pero para efecto del asunto en cuestión se tendrá en cuenta lo determinado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, de conformidad con el Decreto 2728 de 1990.*

*De lo anterior y en vista que el retiro del servicio de la Armada Nacional, como Soldado Voluntario, se dio como consecuencia del hecho generado en el año 1989, atentado sufrido por las FARC en función de sus servicios como soldado, es de aplicarse la normativa contenida en el Decreto 094 de 1989, el cual “reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, en virtud de su art. 90, el cual dispone:*

*Artículo 90. Pensión de invalidez del personal de soldados y Grumetes. Partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de soldados Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público liquidada así:*

*a) El 75% del sueldo básico de un Cabo superior o su equivalente, cuando en índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75 % y no alcance al 95%. b) El 100 % del sueldo básico de un cabo segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%.*

*De esta manera, se observa que el requisito indispensable para la consecución de la pensión de invalidez, es la pérdida de la capacidad laboral mínima fijada en un 75%, la cual no cumple el Sr. Omar del Río, toda vez que muy a pesar que el Tribunal Médico Laboral, reformó el grado de incapacidad al 57%, esta no alcanza el tope estipulado para la pensión, por lo que claramente, no tendría derecho el actor; y como ya se delineó con el marco jurisprudencial, no es permitido reconocer la pensión por invalidez en atención a la Ley 100 de 1993 a los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que el personal adscrito a ella, se encuentra cobijado por un régimen especial, no por el régimen ordinario de pensiones.*

*Así las cosas se negarán las pretensiones de la demanda, pues no se logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado. Por lo cual se da por probada la excepción propuesta de Carencia del Derecho Demostrado, propuesta por la entidad accionada y se negaran las demás excepciones” (SIC).*

Por último, condenó en costas a la parte demandante.

#### **1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria y en consecuencia, que se ordene el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada.

En sus argumentos expuso:

*“...(sic) se tiene que el señor Follador de Instancia incurra en craso error protuberante, pues no realizó el estudio exhaustivo que se debe realizar al caso de marra, pues se encuentra más que demostrado y probado el vínculo directo que tuvo mi prohijado para con la institución castrense; y que las lesiones que sufrió fue en el servicio por causa y razón del servicio y en tarea de restablecimiento del orden público así: 1) mi prohijado ingresó a prestar el servicio militar obligatorio como Infante de Marina Bachiller en la Armada Nacional, el día 1 de febrero de 1987 en el Batallón de entrenamiento de Infantería de Marina N° 1 en Coveñas - (Sucre) y dado de baja como infante de Marina Bachiller mediante Resolución N° 196 de 1988, que nuevamente fue reincorporado como Infante de Marina Voluntario para la prestación del servicio militar en la Armada*

Nacional, y que para el día 7 de diciembre de 1989 y en cumplimiento de una misión de orden público, la patrulla en donde se encontraba asignado fue emboscada por un grupo de guerrillero de las Farc - Ep, sufriendo varias lesiones y trauma en su integridad física como lo es, la pérdida visual del ojo izquierdo. Motivos estos su señoría, que debido al trauma que sufrido mi prohijado en su ojo izquierdo, se le realizó una Junta Médico Laboral, en la que se le valoró su incapacidad para el servicio, en la que se dictamina una disminución de su capacidad laboral del 18% la cual quedó plasmada en el acta N° 011 de 21 de febrero de 1996 y declarándolo no apto para continuar en la prestación del servicio militar. Que para el día 27 de abril de 1996 mi prohijado fue convocado por el Tribunal Médico Laboral de revisión militar y de policía. Para revisar su caso, y el mismo tribunal médico laboral decidió modificar el acta N° 11 de 96 de la Junta Médico Laboral, debido a las secuelas que aumentaron en su salud, por lo que el Tribunal le estableció una pérdida total de su capacidad laboral de un 57% y que las lesiones sufridas fueron en el servicio por causa y razón del mismo, y el índice de la lesión es de 15 puntos.

Que debido a la perdida la capacidad laboral de mi prohijado ya diagnosticada por el Tribunal Medico laboral, el señor Comandante de la Armada Nacional, decide retirarlo del servicio activo, mediante Orden Administrativa N° 423 de 7 de Agosto de 1996, por la pérdida de su capacidad laboral para la actividad militar, basado en la junta médica laboral N° 11-96 de 21 de febrero de 1996, con este esbozamiento se tiene su señoría, que mi apadrinado permaneció Ocho (08) años en el servicio militar, esto es desde 1988 hasta el día Siete (07) de Agosto de 1.996 fecha en la que fue retirado del servicio activo mediante Orden Administrativa N° 423 de 7 de Agosto de 1996, en donde por lo menos alcanzo a cotizar unas Cuarenta semana en seguridad social y pensión por una parte; y por la otra cundo mi apadrinado ingreso a la institución, ingreso en vigencia de la Ley 100 de 1.993 que es la norma más favorable y aplicable al caso y no como lo realizo la institución militar, aplicando el Decreto 089 de 1.989 y que hoy día ratifica el señor fallador de instancia, quebrantando las normas superiores que regulan el sistema de seguridad social y pensiones de nuestro territorio colombiano.

Por último, señor Juez, mi apadrinado no ha tenido solución de continuidad en la institución militar y no ha podido recuperarse de las lesiones sufridas (SIC).

A renglón seguido y luego de citar sentencia del H. Consejo de Estado, señaló:

"En principio señores y Honorables Magistrados, se solicita mediante derecho de petición a los señores Ministro de Defensa nacional - Comandante de la Armada nacional \_ Director de Sanidad Armada nacional - el Reconocimiento y Pago de una Pensión de Invalidez, en cuantía del Cincuenta y Siete Por Ciento (57%) por perdida de la Capacidad Laboral de mi representado, la cual adquirió en el servicio por causa y razón del mismo, como también se le indico la flagrante vulneración a los derechos fundamentales de mi apadrinado, como son la violación a los Artículos 46, y 48 literal a), Decreto 1295 de 1.994, Ley 100 de 1.993 Artículos 4, 11, 13, 25 al 49 y 54. Artículo 32 de Decreto 2070 de 2003 por ser esta una Norma más favorable y sustancial para el caso en concreto. Que en respuesta a lo solicitado en derecho de petición de fecha 22 de Abril de 2013, se recibió respuesta mediante Resolución No. 4235 de fecha 12 de Noviembre de 2013 emanada por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, Doctora KARINA DE LA OSSA VIVERO, en la cual resolvió y declaro que mi apadrinado no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión por invalidez, vulnerando a un más los derechos fundamentales y de contera trasgrediendo con su actuar Nuestra Carta Constitucional, y las Normas supra en sus Artículos 46, y 48 literal a), Decreto 1295 de 1.994, Ley 100 de 1.993 Artículos 4, 11, 13, 25 al 49 y 54. Artículo 32 de Decreto 2070 de 2003. Resolución esta su señoría, que la expidió la administración sin tener en cuenta lo primero: que tanto la resolución que se cuestiona como la Orden Administrativa de Personal No. 423 de fecha Siete (07) de agosto de 1.996 expedida por el señor Comandante de la Armada Nacional, ambas contienen una dedición. Para lo cual de manera muy respetuosamente me permito indicarle a esa Magistratura, que los Actos Administrativos que se demandan son: la Resolución No. 4235 de fecha 12 de Noviembre de 2013 emanada por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, Doctora KARINA DE LA OSSA VIVERO; y a la Orden Administrativa de Personal No. 423 de fecha Siete (07) de Agosto de 1.996 expedida por el señor Comandante de la Armada Nacional, en las cuales están más que plasmadas la declaración de la voluntad de la administración, sean estas entidades públicas o personas privadas que ejerzan función administrativa, la cual debe tener la capacidad

de producir efectos jurídicos. **Los actos Administrativos que se demanda se compone de las siguientes características: a) "Contiene una decisión; b) Voluntad administrativa; c) Expedido por entidad pública o persona privada que ejerza funciones administrativas; d) Tenga como finalidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas"**, Siendo ello así su señoría, se observa fehacientemente que la entidad accionada en su contesta a la Demanda en cuanto a los hechos y pretensiones se aparta de la realidad de los hechos y de las pretensiones de la misma, más cuando la misma desconoce los derechos fundamentales de mi apadrinado y de contera trasgrede Nuestra Carta Constitucional, y las normas supra, actos administrativos estos que son los que se demandan y los cuales se solicita se declaren sus nulidades. A consideración de esta defensa, el ente demandado se equivoca al confundir los actos mediante los cuales se le niega a mi representado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que se solicita. Quebrantándose aún más los derechos fundamentales de mi representado como es al mínimo vital en conexidad con el derecho a la vida establecidos en los siguientes: Artículos 11, 13, 48 y 53 de Nuestra Carta Política y en consonancia con los Artículos 38, 39, 40 y 279 de la Ley 100 de 1.993 y el Decreto Reglamentarios 1295 de 1.994 en sus artículos 46 y 48 que reglamento la Ley 100 de 1.993. y el Decreto Reglamentarios 1295 de 1.994 en sus artículos 46 y 48 que reglamento la Ley 100 de 1.993, Por lo que cabe anotar su señoría, que mi representado cumple con todos los requisitos exigido para ser merecedor a la Pensión de Invalidez, que se encuentra legalmente establecidos en los Artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1.993 y en los Artículos 46 y 48 del Decreto 1295 de 1.994 que reglamento la Ley 100 de 1.993, que a la postre nos dice, que se considera inválida a la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, como también lo indica el Decreto Reglamentario 1295 de 1.994 en su Artículo 48 literal a), que cuando la invalidez es superior al 50% e inferior al 66%, se tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al 60% del ingreso base de liquidación...". Que teniendo en cuenta señores y Honorables Magistrados, la <APLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1.993, CUANDO ES MÁS FAVORABLE, EN CUANTO A PENSIÓN DE INVALIDEZ EN RÉGIMENES ESPECIALES, tenemos que mi representado cumple con todos los requisitos para ser acreedor a la pensión de invalidez contemplada en el Régimen General y no a las prevista en el Régimen Especial', lo que resultaría forzoso concluir, que en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, es notablemente que mi representado tiene el derecho a la Pensión de Invalidez prevista en la Ley 100 de 1.993 reglamentada por el Decreto 1295 de 1.994. De lo que sustrae su señoría, que en ocasiones es necesario acudir al sentido común y no solo al texto frío de la ley encontrando una solución cimentada en principio de equidad y proporcionalidad, de lo que se apartaría una decisión judicial que niegue el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante más de 15 años y la concede a quien demuestra aportes por 26 semanas, con el argumento simple de la existencia de un régimen de excepción que, dicho sea de paso, no regula pensión similar a la de sobreviviente.

Son fundamentos de Derecho del Recurso de Apelación las siguientes disposiciones: Artículos 2, 4, 5, 6, 11, 13, 14, 15, 16, 21, 23, 25, 29, 42, 48, 53, 54, 89 y 90 de Nuestra Constitución Política. Artículos 38, 39, 40 y 279 de la Ley 100 de 1.993. Artículos 46 y 48 literal a), del Decreto 1295 de 1.994. Así mismo le informo que la entidad castrense viene vulnerando los artículos 38 de la Ley 100 de 1993, que consagra el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común. 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. Por lo que se observa que mi apadrinado ingreso en vigencia de la Ley 100 de 1.993 la cual se solicita su señoría, se le de aplicación por ser más favorable y vigente al momento de la ocurrencia de los hechos. Artículos 3, 65 y s.s. 78, 79, 83, 87, 103, 104, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), y demás normas concordantes.

Por todo lo expuesto su señoría, muy respetuosamente solicito de su despacho se tengan en cuenta el presente Recurso de Apelación, para que a bien tenga su decisión sea en derecho. Y por tanto El Acto demandado la Resolución No. 4235 de 12 de Noviembre de 2.013 emanado por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, y (Por la cual se le niega a mi apadrinado que no hay lugar alguno al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de invalidez, debe ser declarado nulo, como también debe ser declara la nulidad de la sentencia No. 086 DE

*FECHA 30 DE JUNIO DE 2017 aquí recurrida por no estar ajustada a derecho; y en su lugar ordenar el restablecimiento del derecho violado a mí representado” (SIC)*

## **1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia del 11 de octubre de 2017<sup>1</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Por auto de 7 de noviembre de 2017<sup>2</sup> se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y conceptuar por escrito, considerando se innecesaria la audiencia de alegaciones.

En esta etapa procesal se pronuncia la parte demandante, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda y solicitando se confirme la sentencia de primera instancia (folios 13-23)

A su vez, la parte demandada pide se acceda a las pretensión de la demanda y sea revocada la sentencia apelada, considerando que al actor le asiste al derecho al reconocimiento pensional por la pérdida de su capacidad laboral en porcentaje superior al 50% durante la prestación del servicio, así los hechos hayan ocurrido con anterioridad al año 2002, en desarrollo de la Ley 923 de 2004 (folios 24-30)

El delegado del Ministerio Publico no emitió concepto.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

### **2.1. COMPETENCIA.**

El Tribunal es competente para desatar la alzada, de conformidad con el numeral 1<sup>a</sup> del artículo 133 del C. C. A.

### **2.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

En atención al recurso de apelación, la sentencia de primera instancia y la fijación de litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Tribunal resolver, *¿si al señor OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, conforme las reglas del régimen prestacional de la fuerza pública o por virtud de la aplicación por favorabilidad de Ley 100 de 1993”*

### **2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.**

La Sala asumirá la resolución del caso, determinando en primer lugar las premisas fácticas probadas, para luego descender al estudio del derecho a la pensión de invalidez desde dos aristas, el régimen prestacional especial de seguridad social de las

---

1 Folio 4 Cuaderno de segunda instancia.

2 Folio 87. Cuaderno de segunda instancia

fuerzas militares y luego a la luz del sistema general de pensiones por aplicación de la favorabilidad – condición más beneficiosa.

#### **2.4. PREMISAS FÁCTICAS PROBADAS:**

Acorde con las pruebas regular y oportunamente incorporadas al expediente, se encuentra demostrado que:

El Sr. OMAR ANTONIO DEL RÍO ARIZA, perteneció a la Armada Nacional y ostentaba el grado de Infante de Marina, iniciando sus servicios como Soldado Regular el 01 de febrero de 1987 hasta el 30 de julio de 1988.

De igual, forma se vinculó posteriormente como Soldado Voluntario desde el 01 de septiembre de 1988.

La Junta Médico Laboral Militar o de la Policía en acta N° 011-96 del 23 de febrero de 1996, le dictaminó pérdida de la capacidad laboral en un 18%, el cual se determinó como incapacidad relativa y permanente, y de conformidad al Decreto 094 de 1989 se encuadró con un índice 7.

El Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía en acta N° 1234 del 27 de septiembre de 1996, modificó en el Literal C, D y E del Acta N° 011-096 del 23 de febrero de 1996 de la Junta Médico Laboral Militar o de la policía, en lo referente al porcentaje de la disminución de la capacidad laboral, **estableciendo la misma, en un porcentaje del 57%, lesiones calificadas como con ocurridas por causa y con ocasión del servicio**, apoyados en el informe administrativo por lesiones 5 de diciembre 7 de 1989, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728, pues los hechos ocurrieron como consecuencia de la acción del enemigo y en tareas de mantenimiento de orden público.

Así como también se estableció que la pérdida se debió con ocasión de la acción del enemigo y en tareas de mantenimiento del orden público, como se observó en el Informe Administrativo por lesiones BAFIM además el Tribunal dijo que el Índice de Lesión es de 15 puntos, el cual es adjuntado y firmado por el comandante del Batallón de Fusileros de IM N° 5.

En virtud de lo anterior, **el 07 de agosto de 1996, fue retirado del servicio por no estar apto en virtud de la disminución de la capacidad laboral.**

## I. ESTUDIO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA FUERZA PÚBLICA.

Como una de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social (sea de régimen general o especial y/o exceptuado), la pensión de invalidez tiene como fin proteger a quienes por su condición de salud, pierden la capacidad laboral en el porcentaje establecido por la normativa que regule la situación, con el objeto que puedan asegurar su sostenimiento o necesidades vitales, de ahí su estrecha y directa conexión con los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y dignidad humana.

Para establecer la norma aplicable en caso de transito legislativo, **habrá de considerarse la fecha de estructuración de la invalidez**, siendo esta la fecha, en que se genera la perdida de la capacidad de forma definitiva y que puede corresponder o no con la fecha de calificación, esto es puede ser anterior, por lo que la norma puede o no coincidir con la fecha en que se dio la contingencia que más tarde o que de forma inmediata conlleva la pérdida de capacidad laboral, que en el sub examine, según lo documentado por Junta Médico Laboral en diciembre de 1989, cuando el actor recibe un golpe que le causó trauma en el ojo izquierdo que le ha generado una disminución progresiva de la agudeza visual (ver folio 44).

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 194 de 1996, sobre la norma aplicable (aunque se trata de aplicación del régimen general de ley 100 de 1993, calza perfectamente en el régimen especial) y la fecha de estructuración indicó:

*“Esta Corte ha reconocido, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, en relación con su derecho a la pensión de invalidez. En este aspecto ha precisado que existe un problema en la determinación real o material de la pérdida de capacidad laboral de quienes sufren este tipo de enfermedades, pues para acceder a tal pensión se exige como requisito esencial que la persona esté calificada con pérdida definitiva y permanente respecto a su capacidad para laborar<sup>[16]</sup>.*

**2.4.2. La legislación aplicable a cada caso concreto, corresponde a la normatividad vigente al instante de estructuración de la invalidez.** El régimen legal vigente actualmente para acceder a la pensión de invalidez se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que “tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

**2.4.3.** Como fecha de estructuración de la invalidez, a partir de la cual se empiezan a contar los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, corresponde al momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar, a tal grado que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las entidades señaladas por la ley como competentes para el tema<sup>[17]</sup>.

**2.4.4.** La jurisprudencia constitucional ha advertido que la fecha de estructuración de invalidez de carácter permanente y definitivo se fija según se haya causado de manera instantánea o paulatinamente. En el segundo caso, los dictámenes de invalidez establecen una fecha retroactiva de estructuración, sin que esto signifique que para

ese momento la persona estuviera en la imposibilidad de trabajar. Este Tribunal Constitucional lo explicó en Sentencia T-885 de 2011<sup>[48]</sup> en los siguientes términos:

*“Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez”.*

*En ese orden de ideas, se tiene que, cuando la invalidez ocurre de manera instantánea se debe tener por fecha de estructuración el momento del accidente o enfermedad que la origine. De otro lado, cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, la fecha de estructuración debe ser aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe cotizando y no la señalada retroactivamente en la calificación, pues sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas. En este orden de ideas, es preciso traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación donde se ha explicado que el estado de invalidez de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando<sup>[49]</sup>.*

La institución castrense para negar el reconocimiento pensional consideró que el artículo 90 del decreto 94 de 1989, norma que estima es la aplicable por ser la vigente al retiro del servicio del actor, consagra expresamente el derecho a la pensión de invalidez, cuando el soldado adquiere una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de la capacidad psicofísica, condiciones que no reúne el hoy actor, porque las conclusiones médico laborales, indican que el perdió la capacidad laboral en un 57%.

Por ello, es necesario revisar la regulación establecida en el sistema pensional de los miembros de la fuerza pública, teniendo en cuenta que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral fue efectuada en primera instancia el 12 de agosto de 1996 por la Junta Médico Laboral de las Fuerzas Militares (folios 44-45).

En ese orden tenemos que el Decreto 2728 de 1968, “por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”, estableció en el artículo 2° que para efectos de determinar, clasificar y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalidez e indemnización los soldados y grumetes quedan sometidos al “Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

Mediante Decreto 94 de 1989, reformó “el estatuto de la capacidad Psicosfísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Ejército Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Ejército Nacional”, disponiendo:

**“Artículo 89. PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES AGENTES.**

*A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera, así:*

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

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000 en el artículo 38 señalaba, que:

**“Artículo 38. Liquidación de Pensión de Invalidez para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.** Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

- a. *El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).*
  - b. *El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).*
  - c. *El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*
- PARAGRAFO 1o. *Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.”*

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, ésta en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

**“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”.*

Mediante Decreto 4433 de 2004, se desarrolla la Ley 923, estableciéndose sobre la pensión de invalidez lo siguiente:

**“Artículo 30.** Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

**Parágrafo 1°.** La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

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

**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 esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.

**Artículo 31.** Liquidación de la pensión de invalidez originada en combate o actos meritorios del servicio. En virtud de la naturaleza especial de las circunstancias en que puede originarse la disminución de la capacidad laboral, la pensión de invalidez de que trata el artículo anterior se incrementará en los porcentajes que a continuación se indican, cuando se originen en combate, o en actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o 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 en cumplimiento de una orden de operaciones, los cuales serán descontados para efectos de la sustitución pensional:

31.1 El tres por ciento (3%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta por ciento (80%).

*31.2 El tres punto cinco por ciento (3.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta por ciento (80%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).*

*31.3 El cuatro por ciento (4%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa por ciento (90%).*

*31.4 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa por ciento (90%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).*

*31.5 El cuatro punto cinco por ciento (4.5%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al noventa y cinco por ciento (95%) y el pensionado por invalidez no requiera del auxilio previsto en el párrafo tercero del artículo 30 del presente decreto.*

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al estudiar las normas que regulan la pensión de invalidez en las fuerzas militares, luego de efectuar un recuento normativo de la misma, encontró que existía una contradicción respecto de los límites mínimos para acceder a la pensión de invalidez de personal de las FF.MM, pues mientras la norma general indicaba que se reconocerá cuando el porcentaje no sea inferior al 50%, el decreto reglamentario establecía que el porcentaje debe ser superior al 75 % por regla general, y cuando sea por lesiones acaecidas en combate y por obra del enemigo, entre otras, debe ser superior o igual al 50 %<sup>3</sup>.

Contradicción que venía dada entre el numeral 5º del artículo 3º de la ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, y para resolverla, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han establecido que, en virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse lo dispuesto en la última norma referida, es decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando la disminución de la pérdida de la capacidad laboral no sea inferior al 50%<sup>4</sup>.

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante Sentencia de 28 de febrero de 2013, declaró nulo el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, con fundamento en los siguientes argumentos:

*“ (...)Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma. De tal manera que si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que en desarrollo de lo dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley. De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3º 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*

3 Se puede consultar sentencia del 16 de julio de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00659-01(AC). Sección Segunda Subsección A. C. P. Luis R. Vergara Q.

4 Sentencia T-829 de 2005, T-841 de 2006 y T-229 de 2009 de la Corte Constitucional. Ver asimismo del Consejo de Estado, sentencia de 21 de junio de 2012, expediente No. 2012-00740-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y, de 9 de mayo de 2012. expediente No. 2012-00144-01, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

*suelo 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 tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez. (...)”*

Se concluyó que, por un exceso en el ejercicio de las competencias reglamentarias conferidas al Gobierno Nacional, al proferir el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, la referida disposición se declaró nula, debiéndose aplicar para estos efectos, entonces, lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

Pues de conformidad con los hechos probados para la fecha de retiro del servicio del actor por parte de las fuerzas militares, año 1996, no se encontraba vigente la Ley 923 de 2004, por razón que su situación en principio se gobierna por el Decreto 094 de 1989, el cual como se vio, exige una pérdida de capacidad laboral del 75% para que se genere pensión de invalidez, requisito este que no reúne el demandante, como quiera que su calificación de no apto para el servicio y su retiro mismo, por disminución de la capacidad laboral realizada se reitera en el año 1996, se estimó en un porcentaje del 57%.

## **II. ESTUDIO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ A LA LUZ DE LAS REGLAS DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL. Ley 100 de 1993 y Decretos reglamentarios.**

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, compaginando lo concerniente a los temas de salud, pensiones y riesgos profesionales, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

Como prestación económica, la pensión de invalidez de origen común fue regulada en los artículos 38 y siguientes de la ley 100 de 1993, estableciéndose los siguientes supuestos para su causación, i) *un estado de invalidez declarado, generado por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente*, ii) *La pérdida del 50% o más de la capacidad laboral*, veamos:

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

**NOTA:** Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-589 de 2012.

**ARTICULO. 39.-** Modificado por el art. 11, Ley 797 de 2003, Modificado por el art. 1, Ley 860 de 2003. **Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

**PARAGRAFO.-**Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.

**NOTA:** Algunas expresiones del art. 1, de la Ley 860 de 2003, fueron declaradas INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

**ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez.** Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y
- b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”

Como prestación económica del sistema de riesgos profesionales hoy riesgos laborales, la pensión de invalidez derivada de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, se estableció en la Ley 776 de 2002, artículos 1, 9 10 lo siguiente:

**“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley

**ARTÍCULO 9o. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento

(50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen.

El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.

**ARTÍCULO 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;

b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;

c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%). “

La anterior norma fue expedida en virtud de la declaratoria de inexecutable del Decreto 1295 de 2004, mediante sentencia C – 452 del 12 de junio de 2002<sup>5</sup> y que sobre la pensión de invalidez por riesgos profesionales disponía:

**“Artículo 46. INEXEQUIBLE.** Estado de Invalidez.

Para los efectos del presente Decreto, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral. [Corte Constitucional Sentencia C-452 de 2002](#)

**Artículo 47.** Calificación de la invalidez.

La calificación de la invalidez y su origen, así como el origen de la enfermedad o de la muerte, será determinada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 42 y siguientes de la ley 100 de 1993, y sus reglamentos.

No obstante lo anterior, en cualquier tiempo, la calificación de la invalidez podrá revisarse a solicitud de la entidad administradora de riesgos profesionales.

[Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-452 de 2002](#)

**Artículo 48. INEXEQUIBLE.** Monto de la Pensión de Invalidez.

Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

a) Cuando la invalidez es superior al 50% e inferior al 66%, tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al 60% del ingreso base de liquidación.

---

5 Con efectos diferidos hasta el 17 de diciembre de 2002.

*b) Cuando la invalidez sea superior al 66%, tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.*

*c) Cuando el pensionado por invalidez requiere del auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el numeral anterior se incrementa en un 15%.”*

### **III. DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL FRENTE A RÉGIMENES ESPECIALES. CASO FUERZAS MILITARES Y DE POLICÍA.**

Sobre la aplicación del principio de favorabilidad y/o la condición más beneficiosa, en aplicación del régimen general de pensiones frente a regímenes especiales la jurisprudencia del H. Consejo de estado<sup>6</sup>, ha sostenido que si bien las normas especiales de la Fuerzas Militares y de Policía contemplan un mínimo de pérdida de la capacidad laboral de 75% para efectos de reconocimiento de pensión de invalidez, es procedente el otorgamiento de la prestación pensional por invalidez al miembro de las fuerzas militares o de policía que no alcance dicho porcentaje, teniendo en cuenta la normativa que rige el Sistema General de Seguridad Social y la condición más beneficiosa al trabajador<sup>7</sup>.

Se ha señalado entonces que, los regímenes exceptuados o especiales traídos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se ajustan al ordenamiento constitucional en la medida que suponen la existencia de unas condiciones más favorables para los trabajadores a quienes comprende, pero cuando tales excepciones consagran un tratamiento inequitativo frente al que se otorga para la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, las mismas deben ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad<sup>8</sup>.

Ahora bien, mirando que la fecha de estructuración de la calificación de invalidez no fue determinada por la Junta Medica Laboral como tampoco por el Tribunal Medica Militar, al evaluar el estado de invalidez del actor el año 1996<sup>9</sup> y considerando que la perdida de la visión no fue inmediata sino que se presentó una disminución progresiva de la misma, la Sala considera que la fecha a tomar para el efecto, en este caso particular no puede considerarse partiendo de la ocurrencia del accidente laboral (año 1989) como lo expone la defensa de la entidad demandada, sino desde la fecha en que se determina que el actor no es apto para continuar en el servicio, pues es allí, donde se

---

6 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00438-01(AC), Actor: GABRIEL ALEJANDRO MARIN GONZALEZ, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA.

7 Consejo de Estado – Sección Segunda, sentencia de 6 de agosto de 2009, radicación No: 25000-23-15-000-2009-00778 01, ACTOR: FRANQUE YADIR PINTO RINCÓN. MP: Alfonso Vargas Rincón.

8 Sentencia de 9 de febrero de 2006, expediente No. 0426 M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

9 Junta Médico Laboral Militar o de la Policía: Acta N° 011-96 del 23 de febrero de 1996. Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía: acta N° 1234 del 27 de septiembre de 1996.

configura con fundamento en la calificación del Tribunal Médico Militar, la pérdida definitiva de la capacidad laboral, y que permite que fuera declarado no apto para el servicio y con ello, retirado del mismo, por disminución de la capacidad psicofísica, la cual se determinó como imputable al servicio, en actos relacionados con el servicio por consecuencia de acción del enemigo y en cumplimiento de las tareas de orden público.

En ese orden, se recuerda que la pensión de invalidez en el régimen de las fuerzas militares, implica que la misma se reconozca cuando se adquiriera una incapacidad durante el servicio que conlleve pérdida de la capacidad laboral, mientras subsista la misma y no necesariamente la estructuración del estado coincide con la fecha de ocurrencia de los hechos, como en líneas anteriores se expuso.

Así las cosas, para el año 1996 fecha que se toma como la estructuración de la invalidez, la favorabilidad normativa por condición más beneficiosa, se da entonces frente al Decreto 1295 de 1994, vigente para la época, que regulaba el sistema de riesgos profesionales y no frente al artículo 38 de la ley 100 de 1993, pues esta, regula la prestación cuando es de origen común.

En punto de lo dicho, el artículo 1º del Decreto 1295 de 1994, estableció que se consideraba como invalida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, observándose claramente que es establece condiciones más favorables que las consagradas en las normas especiales que rigen para los miembros de las fuerzas militares.

Así las cosas, es evidente acorde con lo descrito precedentemente por esta Sala que el régimen especial de la Fuerza Pública (Decreto 094/1989) es menos benévolo en relación con el régimen general de pensiones y de riesgos profesionales, frente a los requisitos de la pensión de invalidez, toda vez que en el especial se exige una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad a la pensión de invalidez, mientras que el segundo es más favorable, pues considera invalida la persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral, razón por la cual se inaplicara la reglamentación especial de las fuerzas militares.

Ahora, entendiendo que la contingencia amparada proviene de actividades propias del servicio, esto es, riesgo profesional<sup>10</sup>, el caso deberá mirarse no frente al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, sino frente a la reglamentación contenida en el Decreto 1295 de

---

10 Informe administrativo por lesiones a folio 209.

1994, que igualmente hace parte del sistema general de seguridad social y que regulaba la pensión de invalidez de origen profesional y que se encontraba vigente para el año 1996<sup>11</sup>.

En virtud de lo anterior y como quiera que el señor OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA, quien tuvo una pérdida de capacidad laboral del **57%** derivada de un accidente de origen laboral, puesto que la lesión fue presentada en actos relacionados con el servicio por consecuencia de acción del enemigo y en cumplimiento de tareas de orden público, cumple la condición para ser beneficiario de la pensión de invalidez, en los términos del artículo 1 del Decreto 1295 de 1994.

La anterior interpretación se realiza acorde con los principios de favorabilidad y de in dubio pro operario como garantías fundamentales de las normas laborales, establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política e igualmente aplicables a la seguridad social, atendiendo su naturaleza vital.

En ese orden de ideas, concluye el Tribunal que, al actor le asiste el derecho a la pensión de invalidez por aplicación del principio de favorabilidad e igualdad, no obstante, el reconocimiento deberá efectuarse bajo las premisas del Decreto 1295 de 2004 y no bajo lo reglado por el artículo 38 de la ley 100 de 1993, por tratarse de un asunto de origen profesional o laboral y no a una contingencia de origen común, razón por lo cual se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se declara la nulidad del acto acusado por violación de las normas superiores en que debió fundarse y que fueron citadas por la parte como normas vulneradas en sus fundamentos de derecho y la argumentación del concepto de violación, que si bien no fue consignado expresamente como un acápite de la demanda, si se logra extraer de forma clara de los hechos de la misma y sus fundamentos.

Consecuencia de la declaración de nulidad del acto acusado, a título de restablecimiento del derecho se ordena el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen profesional por parte de la demandada al señor OMAR ANTONIO DEL RIO ARIZA, desde el mes siguiente a su retiro del servicio por perdida de la capacidad laboral en los términos del artículo 1 del Decreto 1295 de 1994.

En lo relativo al monto de la pensión de invalidez, hay que estarse a lo dicho en el literal a del artículo 48 del Decreto 1295 de 2004, norma que dispone que cuando la invalidez es superior al 50% e inferior al 66%, se tendrá derecho a una pensión de invalidez

---

11 Su declaratoria de inconstitucionalidad se dio el 12 de junio de 2002. Sentencia C 452 de 2002.

equivalente al 60% del ingreso base de liquidación, en todo caso, no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento.

Las mesadas dejadas de cancelar serán pagadas debidamente indexadas y con los ajustes anuales de Ley causados. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la actualización deberá realizarse mes a mes.

- **SOBRE LA PRESCRIPCIÓN:**

De entrada debe esta Sala de Decisión manifestar que por tratarse de un derecho pensional, no prescribe la posibilidad de reconocimiento a la pensión de invalidez, no obstante si prescriben el valor de las mesadas pensionales causadas y no reclamadas en tiempo.

Ahora bien, por reconocerse el derecho con fundamento en las normas del sistema general de riesgos laborales, el término de prescripción ha de estarse a lo traído por el decreto 3135 de 1998 en su artículo 41 y el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, el término de prescripción de tres años se debe contar desde que la obligación se hace exigible, lo cual vertido al caso del reconocimiento de la pensión de invalidez se determina por la fecha de estructuración del estado de invalidez, que puede o no coincidir con la fecha de en que ocurrió el hecho que genera la pérdida de capacidad laboral.

En el presente asunto, la fecha para el conteo del termino prescriptivo viene dado por la fecha en que el actor, fue dado de baja del servicio activo de las Fuerzas Militares, por disminución de su capacidad sico-física para la actividad militar, que lo fue, el 7 de agosto de 1996, que fue cuando se debió resolver sobre su situación pensional.

Luego entonces, cotejada la fecha en la que el actor fue dado de baja del servicio (7 de agosto de 1996) con la que elevó solicitud de reconocimiento de su derecho prestacional, esto es, 23 de abril de 2013, así como los parámetros establecidos en la norma transcrita, se advierte la configuración de la prescripción trienal, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de abril de 2010, momento en el cual se cumplieron los tres años que señala la ley como plazo de configuración de la prescripción.

**-. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., dada la revocatoria de la providencia de primera instancia y la prosperidad de las súplicas de la demanda, se condenará a la parte

demandada al pago de las costas correspondientes a ambas instancias. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

### **3. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

#### **FALLA:**

**PRIMERO: REVÓQUESE** la sentencia proferida el 30 de junio de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, acorde con la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia se dispone:

- **DECLÁRASE** la nulidad de la **Resolución No. 4235 de Fecha 12 de noviembre de 2013.** mediante la cual la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, declara que no hay lugar a reconocimiento y pago alguno por concepto de pensión de invalidez al señor OMAR ANTONIO RIO ARIZA
- A título de restablecimiento del derecho se ordena el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen profesional por parte de la demandada al señor OMAR ANTONIO DEL RIOS ARIZA, desde el mes siguiente a su retiro del servicio por perdida de la capacidad laboral en los términos del artículo 1 del Decreto 1295 de 1994.
- En lo relativo al monto de la pensión de invalidez, estarse a lo dicho en el literal a del artículo 48 del Decreto 1295 de 2004, norma que dispone que cuando la invalidez es superior al 50% e inferior al 66%, se tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al 60% del ingreso base de liquidación, en todo caso, no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento.
- Las mesadas dejadas de cancelar serán pagadas debidamente indexadas y con los ajustes anuales de Ley causados. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la actualización deberá realizarse mes a mes.
- Declárase la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de abril de 2013, acorde con lo expuesto en la motivación de esta providencia.

- La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 de la ley 1437 de 2011. Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 192 de la ley 1437 de 2011

**TERCERO: CONDÉNESE** en costas en ambas instancias a la parte demandada y en favor de la demandante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente

**CUARTO: EJECUTORIADA** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta No. 052

**NOTÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**