

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-23-33-005-2014-00445-01
Accionante	EDWIN GÓMEZ ÁLVAREZ
Accionada	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
Tema	Reconocimiento pensión de invalidez de soldado voluntario de la Armada Nacional/ principio de favorabilidad/aplicación requisitos Ley 100 de 1993.
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones¹

PRIMERA: Que se declare la NULIDAD de la resolución No. 8003 de noviembre 6 de 2012 del ministerio de la defensa nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la cual tiene derecho, por tener un 52.00% de pérdida de la capacidad laboral mediante junta medico laboral No. 035/2002.

¹ Fl. 1-2.

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento del derecho, la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL**, le reconozca y pague la pensión de invalidez, a que tiene derecho, por haber perdido más del cincuenta por ciento de la capacidad laboral.

TERCERA: La pensión de invalidez se le debe cancelar con la respectiva indexación y con los intereses de acuerdo con el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

CUARTA: Se le cancelen los perjuicios, materiales, morales y daño a la vida de relación, debido a la falla evidente por parte de la armada nacional, ya que ingresó a la institución en buenas condiciones de salud y durante el servicio recibió lesiones que hoy lo tienen con más del cincuenta por ciento de pérdida de la capacidad laboral.

QUINTA: Ordenar que las sumas adeudadas por la demandada sean canceladas con la respectiva indexación.

SEXTA: Condenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo dispuesto en los artículos 176 y 178, del código contencioso administrativo.

3.1.2. Hechos²

Indicó el señor Edwin Gómez Álvarez que ingresó a la Armada Nacional, prestando el servicio militar obligatorio en el tercer contingente del año 1996, como infante de marina regular, y el día 1 de julio de 1998 fue promovido a infante de marina voluntario

Que durante la prestación del servicio militar como infante de marina voluntario, sufrió lesiones que, según la junta medico laboral, le dieron una pérdida de la capacidad laboral del 52.00 %.

Además de las lesiones que señaló la junta médica laboral practicada el día abril 8 de 2002, también tiene una lesión en la columna vertebral que no tuvo en cuenta la Armada Nacional, a pesar de estar recibiendo tratamiento por esa lesión tal y como lo muestran los documentos que anexa.

² Fl. 2.

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

Expresó que por las condiciones en que se encuentra no se puede desenvolver en la vida de una manera normal, tal y como lo venía haciendo al momento de ingresar a la Armada Nacional a cumplir con su deber constitucional, como lo es, prestar el servicio militar obligatorio, y luego al ser promovido a infante de marina voluntario.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

El demandante consideró como violadas las siguientes disposiciones:

Artículo 13 de la Constitución Política, artículos 1, 2, y 13 de la ley 4 de 1992, Decreto 335 de 1992, Decreto 25 de 1993, Decreto 65 de 1994 y 133 de 1995, en los términos en que quedaron vigentes. El artículo 156 del Decreto Ley 1213 de 1990 y el Decreto 4433 de 2004.

Señaló que cumple los requisitos para ser acreedor a la pensión de invalidez contemplada en el régimen general, por lo que en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, tiene derecho a la pensión de invalidez prevista en la ley 100 de 1993.

En relación con el principio de favorabilidad, en materia del régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, mencionó la sentencia T-685-2007 del 31 de agosto de 2007.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL³

Se opuso a las pretensiones de la demanda, considerando que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad.

En cuanto a los fundamentos fácticos, reconoció como cierto el ingreso del demandante a la Armada Nacional y la pérdida de la capacidad que le fue dictaminada. Sin embargo, indicó que esta es de origen común y no por causa y razón del servicio.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

³ Fl. 49-50.

⁴ Fl. 139-146

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

Mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2017, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la nulidad del acto demandado y como consecuencia de ello, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del demandante, efectiva desde el 12 de julio de 2007, por prescripción trienal.

La A-quo consideró que el demandante tenía derecho a la pensión de invalidez porque presentaba una pérdida de la capacidad equivalente al 52%. Determinó debía reconocerse el derecho, aplicando de manera retrospectiva lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, disposición que exige para el reconocimiento de la pensión un porcentaje mayor al 50% de pérdida de la capacidad, sin distingo del origen de la enfermedad.

La juez de primera instancia consideró que, si bien era cierto la incapacidad del demandante se estructuró con anterioridad a la vigencia de la Ley 923 de 2004, por ser más favorable, debía aplicar de manera retrospectiva dicha disposición.

La Juez de primera instancia no se pronunció respecto de los perjuicios que solicitó el demandante, ni de la otra lesión que también señaló. Sin embargo, ello no fue objeto de discusión en el trámite de la segunda instancia.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La entidad demandada solicitó que se revocara la sentencia, conforme las siguientes razones:

Considera que el A-quo aplicó de manera indebida e incompleta lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, en tanto que, obvió lo dispuesto en el artículo 6º de esa norma, en el que se indica que “El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002. Es decir, que a su juicio se debió tener en cuenta lo reglado en el Decreto 4433 de 2004.

Señaló que para ordenar el reconocimiento de una pensión de invalidez, se debe observar el origen de las lesiones, si las mismas fueron padecidas durante la vinculación al ente militar y si se produjeron en una misión de

⁵ Fl. 151-158.

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

servicio o en simple actividad. Que de conformidad con el artículo 28 del Decreto 1796 de 2000, el demandante tendría una incapacidad permanente parcial y no frente a un estado de invalidez, ya que según lo dispuesto en dicha norma, se considera invalida toda persona que haya sufrido una incapacidad superior al 75%.

En conclusión, solicitó que se revoque la sentencia porque desconoció el requisito exigido por la Ley 923 de 2004, referido a que la incapacidad se produzca por hechos ocurridos en misión de servicio o en simple actividad. De igual forma indicó, que dicha ley tiene un límite temporal y es que las lesiones hayan ocurrido desde el 7 de agosto de 2002 y la enfermedad común del accionante se estructuró el 8 de abril de 2002, por lo que debía aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1796 de 2000.

Por último, solicitó que en caso de confirmarse la demanda se deberá descontar lo recibido por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 22 de noviembre de 2017. En esa misma providencia- previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso-, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público (fl. 174).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Solo la **parte demandante** presentó alegatos de conclusión, en el cual hizo una relación de los distintos pronunciamientos emitidos tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado sobre la materia, en los que ha definido el derecho pensional de los miembros de las fuerzas militares que tienen más del 50% de pérdida de la capacidad laboral (fl. 176-185).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: ¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que accedió al reconocimiento de la pensión de invalidez?

Específico: *¿Determinar si al demandante se le debió aplicar lo dispuesto en el Decreto 1796 de 2000 por ser la norma vigente al momento de estructurarse la pérdida de la capacidad o si por el contrario, en aplicación del principio de favorabilidad al demandante se le debe reconocer la pensión de invalidez aplicando lo dispuesto en el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993?*

¿Determinar si lo recibido por el demandante por concepto de indemnización resulta compatible con la pensión de invalidez?

¿Determinar si procede condenar en costas a la parte demandada?

3. TESIS

La Sala considera que en virtud del principio de favorabilidad se debe acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el accionante, por cuanto presenta una pérdida de la capacidad mayor al

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

50%. Sin embargo, a diferencia de lo que estableció la A-quo se estima que se debe aplicar la Ley 100 de 1993 y no lo previsto en la Ley 923 de 2004.

Lo anterior, porque la pérdida de capacidad laboral del accionante se dictaminó con anterioridad al 7 de agosto de 2002, fecha que estipuló expresamente el legislador para poder aplicar la Ley 923 de 2004.

Por otro lado, debido a que resulta incompatible con la pensión de invalidez, se dispondrá que la entidad demandada podrá descontar lo reconocido por concepto de indemnización por pérdida de la capacidad.

Por último en cuanto a la condena en costas, se precisará que la nueva regulación establecida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo varió de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo, en el que se deben seguir las reglas del Código General del Proceso. En ese orden, se considera que en el caso bajo estudio prosperó parcialmente el recurso de apelación presentado, toda vez que se descontará lo reconocido por concepto de la indemnización. Por esta razón no se accederá a condenar en costas de la segunda instancia a la demandada.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Normas que regulan la pensión por invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares.

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

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

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

cada entidad tenía en común la exigencia de una disminución en la capacidad sicofísica de por lo menos el 75%.

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

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

Posteriormente, el Decreto 1796 del 2000⁶, determinó una pensión de invalidez para los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en función de la pérdida de la capacidad sicofísica, así:

“ARTICULO 38. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Medico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el

⁶ “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.”



Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

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%).

PARÁGRAFO 1o. *Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.*

PARÁGRAFO 2o. *El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiéndose, en lo referente a las pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989".⁷*

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

Dado que esta norma confió al Gobierno Nacional la reglamentación correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el decreto, dispuso un artículo transitorio para indicar que el procedimiento y

⁷ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-970-03 del 21 de octubre del 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989 hasta que aquella fuera expedida. De esta forma lo previó el artículo 48 del Decreto 1796 del 2000, así:

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

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

“(…)

Artículo 3. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(…)

3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro.

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

(...)"

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

En esa oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 6° de la Ley 923 del 2004 y, por lo tanto, consideró que la citada norma no vulneraba el derecho a la igualdad en tanto *"la retroactividad prevista por el legislador, no se orienta a brindar protección a unas personas que hubiesen estado desprovistas de ella, sino que busca permitir que, dentro de las limitaciones que impone la situación de las finanzas públicas, algunas de tales personas, en razón de la proximidad de sus circunstancias con el momento del tránsito legislativo, pudiesen beneficiarse de las condiciones previstas en el nuevo régimen"*.

Como consecuencia de las disposiciones contenidas en la Ley 923 del 2004, se expidió el Decreto Reglamentario 4433 del 2004⁸, el cual en su artículo 30 consignó los requisitos específicos que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía para acceder a la pensión de invalidez así:

"(...)

Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en

⁸ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto

(...)"

El Decreto 4433 del 2004 contempló, en sus artículos 30 y 33, dos hipótesis respecto de este tipo de pensión, en las que se exige un 75% de pérdida de la capacidad laboral siempre que la afectación haya ocurrido durante el servicio, sin especificar que debiera ser por causa y razón del mismo. La principal diferencia entre el uno y el otro, además de la liquidación del monto en algunos casos, es el personal al que se encuentran dirigidas, puesto que el artículo 30 cubre a Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y a Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional; mientras que la del artículo 33 ampara a los Alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y de Oficiales y miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Así las cosas, a efectos de lograr el reconocimiento pensional aludido, no solo era menester que el afectado presentara una pérdida de la capacidad superior al porcentaje mencionado en párrafos anteriores sino que además, las lesiones o la incapacidad debió ser causada en servicio activo y con ocasión del mismo; si bien el artículo 6º de la Ley 923 del 2004 consagró el reconocimiento prestacional referido originado en misión del servicio en simple actividad, solo aplicaba a situaciones consolidadas a partir del 7 de agosto del 2002.

El referido artículo 30 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero del 2013⁹ a

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07).

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

través de la cual lo declaró nulo al considerar que el Gobierno Nacional excedió la facultad de regulación que le otorgó el legislador en la Ley 923 del 2004. Al respecto:

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

(...)

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

Finalmente, se expidió el Decreto Reglamentario 1157 del 2014¹⁰, a través del cual se consignaron nuevamente los requisitos para que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía accedan a la pensión de invalidez. En esta oportunidad se estableció que con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía podrán ser acreedores del derecho a la pensión de invalidez, así:

“(…)

ARTÍCULO 2. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al

¹⁰ “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.”



Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

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%)

(...)"

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

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

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

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

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C - 461 del 12 de octubre del 2005:

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

La Sección Segunda del Consejo de Estado en no pocas ocasiones, ha reconocido bajo el principio de favorabilidad la pensión de invalidez de un miembro de la Fuerza Pública que tiene un porcentaje de pérdida de la capacidad igual o mayor al 50%¹¹.

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

¹¹ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de febrero de 2020, radicado: 05001-23-31-000-2000-04200-01 (2162-12) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2018, radicado: 20001-23-33-000-2015-00361-01 (4403-16).

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

5.4.3 De la situación de invalidez regulada en el Sistema General de Pensiones.

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

Así se establece en los artículos 38 y 39:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (...)”

5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Según lo indicado en la hoja de servicio que consta a folios 101-102 del expediente, el señor Edwin Gómez Álvarez ingresó como soldado voluntario el 8 de julio de 1998 hasta el 17 de octubre de 2002. Se precisa que según lo establecido en la demanda y que fue aceptado por la entidad demandada al momento de contestar la demanda, el accionante antes de ingresar como soldado voluntario había prestado el servicio militar obligatorio.

5.5.1.2 Mediante acta de la Junta Médico Laboral No. 035 de 2002 se determinó que el señor Edwin Gómez Álvarez, tenía una disminución de la capacidad laboral equivalente a 52.00%, la cual se configuró en el servicio pero no por causa y razón del mismo, conforme lo dispuesto en el literal A del artículo 24 del Decreto 1796 de 2000 (fl. 94-97).

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

5.5.1.3 En dicha acta se determinó que el demandante presentaba como patología una crisis parcial compleja, por lo que presentaba episodios delirantes alucinatorios con amnesia de los mismos, agresividad paransiedad e insomnio y pérdida de conciencia súbita (fl. 96).

5.5.1.4. Por medio de la Resolución No. 268 del 17 de octubre de 2002, el demandante fue dado de baja del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar (fl. **100**).

5.5.1.5 Por medio de la Resolución No. 8003 del 6 de noviembre de 2012, el Ministerio de Defensa Nacional negó la pensión de invalidez que solicitó el demandante. Dicha decisión se sustentó en el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000, que pregoná un porcentaje de pérdida de capacidad mayor al 75% (fl. 109-110).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el caso bajo estudio pretende el demandante que se le reconozca una pensión de invalidez, fundamentándose en que se le dictaminó en el año 2002 una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje equivalente a 52.00%. Según lo probado en el proceso, el accionante al momento de estructurarse la discapacidad ostentaba la condición de soldado voluntario, siendo calificada dicha lesión como adquirida durante el servicio, pero no por causa o razón de este.

La A-quo accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando que se le reconociera y pagara la pensión de invalidez solicitada por el actor. Sin embargo, se determinó en la sentencia recurrida, que al demandante se le debía aplicar lo dispuesto en la Ley 923 de 2004. Porque, si bien es cierto dicha norma entró en vigor con posterioridad a la estructuración del dictamen, le resulta más favorable, ya que prevé un porcentaje de discapacidad menor al que establecía el Decreto 1796 del año 2000.

La demandada se opuso a lo decidido en la sentencia de primera instancia, aduciendo i) que la A-quo aplicó de manera indebida lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, en tanto que, obvió lo reglado en el artículo 6º de esa norma y ii) señaló que las normas especiales que regulan la pensión de invalidez, exigen que la pérdida de la capacidad se debe dar por causa y razón del

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

servicio, lo cual no se cumplió en el caso del demandante, puesto que la pérdida de la capacidad tuvo un origen común.

Del análisis de las normas que han regulado la pensión de invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, se tiene que para el momento en que se estructuró la pérdida de la capacidad psicofísica del demandante, estaba vigente una norma especial que exigía para el reconocimiento de la pensión de invalidez una pérdida de la capacidad laboral del 75% «*artículo 39 del Decreto Ley 1796 de 2000*». Contrario sensu, la Ley 100 de 1993 dispone una idéntica prestación al trabajador que acredite una discapacidad laboral del 50% «*artículos 38 – 39*»; siendo éste régimen más favorable, y por tanto, en respeto a la supremacía constitucional, el que debió determinar la procedencia del reconocimiento de la prestación pedida por el hoy demandante.

Frente a esa divergencia, por vía de excepción se ha aplicado al personal de la Fuerza Pública los requisitos exigidos por el Régimen General de Seguridad Social para el reconocimiento de la pensión de invalidez, entre ellos el 50% de la disminución de la capacidad sicofísica, por considerar que el régimen especial contiene un trato desfavorable y discriminatorio, que impediría que el actor acceda a la pensión de invalidez. Lo cual, procedería si se analiza el caso conforme los requisitos previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

Tenemos entonces que, conforme la normativa señalada en párrafos anteriores, tendría derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez, el trabajador que tenga disminuida su capacidad laboral en un 50% o más, y que haya cotizado por lo menos 50 semanas al momento de producirse el estado de invalidez.

En el caso bajo estudio, se tiene por acreditado que el actor cumple con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral exigida. También, se sustenta el número de semanas cotizada, puesto que, como soldado voluntario tuvo un total 4 años 2 meses y 19 días de servicio, de lo que permite inferirse el número mínima de semanas cotizadas que se exigen.

En consecuencia y como respuesta al problema jurídico planteado, puede concluirse que al demandante en virtud de la condición más beneficiosa se

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

le debe reconocer la pensión de invalidez, pero con fundamento en lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la Sala puede concluir que el demandante tiene derecho a la pensión invalidez, por la merma de su estado de salud durante el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 1996 al 15 de julio del 2002, pero con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de favorabilidad.

Contrario a lo afirmado por la A-quo, al demandante no le resultaban aplicables de manera retrospectiva las disposiciones previstas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, toda vez que la situación del demandante se consolidó con anterioridad a la vigencia de dicha norma.

Además de lo anterior, la referida ley estableció la aplicación de sus efectos de manera retroactiva respecto a hechos que hayan dado origen a una disminución de la capacidad sicofísica, ocurridos a partir del 7 de agosto de 2002¹². Y en el caso concreto, si bien no se estableció la fecha en que se estructuró la lesión, lo que si es cierto es que el dictamen del tribunal médico laboral se profirió el 8 de abril de 2002, es decir, con anterioridad a la vigencia que estableció la Ley 923 de 2004.

Este mismo criterio-imposibilidad de aplicar la Ley 923 de 2004- ante situaciones acaecidas con anterioridad al 7 de agosto de 2002- ha sido adoptado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones¹³.

En otras palabras, debe concluirse que a la situación particular del actor no le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, toda vez que, como quedó visto, los hechos que ocasionaron su disminución de la capacidad sicofísica tuvieron lugar con anterioridad al

¹² Ley 923 de 2004.

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

¹³ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de enero de 2020, radicado 05001-23-33-000-2014-00531-01(2833-16). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2018, radicado: 20001-23-33-000-2015-00361-01(4403-16).

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

7 de agosto de 2002, fecha que estableció el legislador para darle efectos retroactivos a la referida ley.

En ese sentido, se estima que la norma más favorable y vigente al momento en que se estableció el dictamen era la Ley 100 de 1993, ya que el Decreto 1796 de 2000 exigía un porcentaje equivalente o mayor al 75%.

Por otro lado se debe precisar que, si bien se estableció que la pérdida de la capacidad psicofísica se dio en el servicio, pero no por causa o razón de este, ello no impide que se aplique la norma que resulta favorable al demandante, pues precisamente por ello, se excluye la disposición especial que le cobijaba, por resultar gravosa para sus intereses. Pues a pesar de tener una pérdida mayor al 50%, de aplicarse la norma especial, se quedaría sin la oportunidad de acceder a la respectiva pensión.

En consecuencia y como respuesta al problema jurídico planteado, se mantendrá la decisión adoptada por la A-quo de declarar la nulidad del acto acusado. Sin embargo, el reconocimiento de la pensión de invalidez se debe efectuar en concordancia con la Ley 100 de 1993, por más favorable y ser la norma vigente al momento en que se definió la pérdida de la capacidad.

El monto de dicha prestación se debe reconocer conforme el porcentaje establecido en el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el porcentaje de pérdida de la capacidad es menor 66%¹⁴. Lo anterior, sin desconocer de que en ningún caso la pensión será menor a un salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo dispone la misma disposición citada.

¹⁴ "ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

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

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

Por último, en cuanto a la prescripción de las mesadas causadas, se mantendrá incólume lo decidido por la A-quo. Lo anterior, porque el actor formuló la petición el 12 de julio de 2010¹⁵, por lo que hay lugar a decretar la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad 12 de julio de 2007, en los términos de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. La aplicación de estas normas, relativas a la prescripción, se aplica en virtud del principio de inescindibilidad norma, es decir, que en el presente caso, las disposiciones que rigen el sistema general deben aplicarse íntegramente.

5.6.2.1 incompatibilidad de la indemnización por disminución de la capacidad psicofísica y la pensión de invalidez.

En el recurso de apelación, la entidad demandada solicitó que, en caso de acceder a la pensión de invalidez, se debía descontar lo reconocido por concepto de la indemnización que prevé el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000, cuando se presenta una pérdida de la capacidad laboral que no representa un porcentaje para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Al respecto, la Sala indica que la indemnización por disminución de la capacidad laboral y la pensión de invalidez comparten el mismo objeto y causa, esto es, amparar las contingencias derivadas de la pérdida de la fuerza laboral de un trabajador lo que, en la práctica, torna incompatible su reconocimiento en forma concurrente según lo establecido en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993¹⁶.

Sobre esta prestación se precisa que, en el expediente no consta ninguna prueba que corrobore el reconocimiento de dicha prestación, lo cual no indica ni mucho menos permite afirmar que dicho pago no se efectuó.

En consecuencia, ante la falta de certeza del pago de la indemnización, pero teniendo claro que dicha prestación resulta incompatible con la pensión de invalidez; se ordenará a la entidad demandada realizar el

¹⁵ Fl. 104-105.

¹⁶ "ARTICULO. 45.- Reglamentado por el Decreto Nacional 1730 de 2001. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley."

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01

respectivo descuento, siempre y cuando le demuestre al interesado el pago que le realizó por este concepto.

5.7. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Y el numeral 5° de ese mismo artículo estipula que *"en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*.

Respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo. Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

En el caso bajo estudio, aplicando las reglas del CGP, se considera el recurso de apelación presentado por la parte demandada prosperó parcialmente, toda vez que, se ordenó la posibilidad de descontar lo pagado por concepto de indemnización. Además que, con independencia del análisis de la condición más favorable que se efectuó, los considerandos que expuso la entidad accionada en torno a la inaplicación de la Ley 923 de 2004 resultaron veraces.

Por estas razones, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR pero por las razones expuestas en esta instancia, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda del señor Edwin Gómez Álvarez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, encaminadas al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. En consecuencia, se modifica el numeral **SEGUNDO** el cual quedará así:

***"SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, se condena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a reconocer la pensión de invalidez a favor del señor EDWIN GÓMEZ ÁLVAREZ, dando aplicación a lo establecido en los artículos 38 a 40 de la Ley 100 de 1993, en monto del 45% del ingreso base de liquidación, de acuerdo con los parámetros sentados en la parte considerativa de esta decisión
En todo caso la pensión no será inferior a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 100 de 1993".*

SEGUNDO: La entidad demandada descontará lo reconocido por concepto de indemnización, siempre y cuando se haya efectuado el pago al demandante.

TERCERO: No condenar en costas a la parte vencida, conforme las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

Rad. 13001-33-33-005-2014-00445-01



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS