

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013).

**Ref.:** *Fallo*. Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Militares. (2) Pensión de invalidez. (3) Soldado profesional. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ. SOLDADO PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE DEL 52.16% POR CAUSAS IMPUTABLES PARCIALMENTE AL SERVICIO. RÉGIMEN APLICABLE: DECRETO 4433 de 2004 SIN CONSIDERACIÓN AL ORIGEN DE LA LESIÓN. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: APRECIACIÓN ACORDE CON CADA CASO CONCRETO. DESCUENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA: PRINCIPIO DE EQUIDAD E INCOMPABILIDAD POR LA NATURALEZA PROPIA DE LAS PRESTACIONES.

Radicado: 850013333001-2012-00155-01  
Demandante: FREDY ALDEMAR VALERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA-  
Primera Instancia: JUEZ 1° ADMINISTRATIVO DE YOPAL  
Fecha decisión: 5-VII-13  
Radicado interno: 2013-00485

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

## ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho a través del cual se busca el reconocimiento de una pensión de invalidez de un soldado. La entidad accionada apeló la decisión estimatoria y de manera adhesiva, también la parte actora.

## HECHOS RELEVANTES

El señor Fredy Aldemar Valero Sierra se vinculó como soldado profesional al Ejército Nacional desde el 4 de enero de 2004 hasta el 16 de marzo de 2012, fecha en que fue retirado del servicio por disminución de su capacidad laboral en un 52.16%, por causas mixtas parcialmente imputables al servicio<sup>1</sup>.

El 21 de junio de 2012<sup>2</sup> le fue negado el reconocimiento de la pensión de invalidez porque la totalidad de su disminución laboral no es producto de lesiones ocurridas en combate o en ejecución de un acto propio del servicio.

<sup>1</sup> La disminución de la capacidad laboral se imputó a enfermedad común, enfermedad profesional y lesión ocurrida en combate por acción directa del enemigo, folios 14 vta. y 15.

<sup>2</sup> En virtud de acto administrativo 4893, fol. 16.

### ASUNTO LITIGIOSO

Se discute el reconocimiento de una pensión de invalidez y la incompatibilidad de dicha prestación con otros beneficios laborales (indemnización por lesiones), todos predeterminados.

Según el **demandante**, tiene derecho a dicha prestación bajo los presupuestos del sistema general de seguridad social (Ley 100 de 1993), que exige una incapacidad laboral superior al 50% sin importar el origen de la lesión. Régimen aplicable en virtud del principio de favorabilidad pues el especial es más gravoso y vulnera el derecho a la igualdad. Sostiene que la indemnización a forfait no es excluyente con el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército**, no tiene derecho a la pensión acorde con el régimen especial de la Fuerza pública, pues no se dan los presupuestos exigidos en el Decreto 4433 de 2004, por el porcentaje de la incapacidad dictaminada al demandante, 52.16%, y el origen de la misma<sup>3</sup>; tampoco a la prestación de Ley 100, por estar excluido de ese sistema.

### DECISIÓN RECURRIDA

El juez primero administrativo de Yopal profirió sentencia el 5 de julio de 2013 en la que: i) declaró la nulidad del acto acusado, ii) ordenó a la demandada reconocer al demandante una pensión de invalidez, a partir del 12 de marzo de 2012, y su inclusión en el sistema de salud en calidad de pensionado, iii) libró órdenes relativas a la ejecución y verificación del fallo, y iv) se abstuvo de condenar en costas (fol. 210).

Señaló en qué consiste la pensión de invalidez<sup>4</sup>, se refirió al contexto normativo que rige para los miembros de la Fuerza Pública<sup>5</sup> en materia de reconocimiento de dicha prestación y con fundamento en los principios de favorabilidad e igualdad y precedentes del Consejo de Estado,<sup>6</sup> concluyó que pese a existir un régimen especial propio para las Fuerzas Militares, debían aplicarse al caso en estudio los presupuestos que para tal fin exige la Ley 100 de 1993<sup>7</sup>.

Sostuvo que la argumentación del acto acusado no es aplicable y debía ser retirado del mundo jurídico por quebrantar las normas en que debió fundarse; en consecuencia, ordenó reconocer la pensión de invalidez en virtud del grado de incapacidad laboral adquirida con ocasión del servicio

<sup>3</sup> Se dictaminó que surgió de tres eventos: enfermedad común, enfermedad de origen profesional y lesión ocurrida en combate por acción directa del enemigo.

<sup>4</sup> Cronómetro: 01:03:07

<sup>5</sup> Ley 923 de 2004, Decretos 4433 de 2004 y 094 de 1989, artículo 216 de la Constitución Política.

<sup>6</sup> Sentencias de julio de 2009, 6 de octubre de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve y del 17 febrero de 2009, C.P. Víctor Alvarado Ardila.

<sup>7</sup> Pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por cualquier causa de origen no profesional no provocada intencionalmente. Cronómetro: 01:24:38.

<sup>7</sup> Pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por cualquier causa de origen no profesional no provocada intencionalmente. Cronómetro: 01:28:29.

que prestó al Ejército por más de 7 años<sup>8</sup>, por el monto definido en el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

Precisó, además, que de las mesadas prestacionales del demandante debían descontarse las sumas de dinero que a título de indemnización hubiese recibido por su disminución laboral. Argumentó que son incompatibles y se evita que se cancele dos veces la misma obligación y se genere a favor del demandante un enriquecimiento sin justa causa<sup>9</sup>.

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La entidad accionada (fol. 217) consideró que para el reconocimiento de la pensión de invalidez deben aplicarse las normas propias del régimen especial al cual pertenecía el demandante y no la Ley 100 de 1993.

Precisó que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los regímenes de carácter especial, como lo es el de las Fuerzas Militares, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 297 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 40 del Decreto 692 de 1994<sup>10</sup>.

Resaltó que dado el porcentaje de la incapacidad dictaminada al señor Valero Sierra (52.16%) y el origen de la misma,<sup>11</sup> no procede el reconocimiento de la pensión de invalidez pues no se dan los presupuestos exigidos en el Decreto 4433 de 2004.

Apelación adhesiva de la parte actora (fol. 223), solicitó que no se descuente del retroactivo pensional del señor Valero Sierra el valor de la indemnización recibida, por cuanto en el régimen de las Fuerzas Militares, la pensión de invalidez y la indemnización *a forfait* no son excluyentes, responden a causas diferentes y en consecuencia no deben ser subsumidas o remplazada la una por la otra<sup>12</sup>.

### ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

**Resumen de los alegatos: Parte actora**<sup>13</sup>. Se limitó a leer los argumentos que esgrimió en su apelación adhesiva. Insistió en que debe modificarse la sentencia apelada para que no sea descontado del retroactivo pensional el monto recibido por concepto de la indemnización legal, toda vez que no son prestaciones excluyentes. Argumentó que la pensión de invalidez<sup>14</sup> y la

<sup>8</sup> Minuto: 01:31:56.

<sup>9</sup> Minuto: 01:31:52.

<sup>10</sup> A través del cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

<sup>11</sup> Se dictaminó que surgió de tres eventos: enfermedad común, enfermedad de origen profesional y lesión ocurrida en combate por acción directa del enemigo.

<sup>12</sup> Apoyó su tesis en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 3 de diciembre de 2007, radicado No. 16352, C.P. Ruth Stella Correa.

<sup>13</sup> Intervención del minuto 4:50 a 10:59, audiencia de alegaciones.

<sup>14</sup> Reglamentada en el Decreto 4433 de 2004.

indemnización legal tienen causas diferentes y no pueden ser subsumidas o remplazadas la una por la otra<sup>15</sup>.

**Entidad Accionada**<sup>16</sup>. Reiteró los argumentos de la apelación. Se refirió al carácter especial del régimen que rige a las Fuerzas Militares, a la improcedencia de la aplicación de la Ley 100 de 1993 a sus miembros (art. 279) y sostuvo que la indemnización y pensión de invalidez son excluyentes, por cuanto la primera corresponde a las lesiones sufridas con ocasión del servicio. Por último, resaltó que del porcentaje de la incapacidad dictaminada al demandante (52.16%), la mayoría tiene su origen en enfermedades comunes.

**Concepto del Ministerio Público**<sup>17</sup>. Señaló que para el reconocimiento de la pensión de invalidez existen dos regímenes de aplicación que se contraponen, el especial (Decreto 4433 de 2004) y el general (Ley 100 de 1993); el último más benéfico por cuanto considera inválida a una persona con la pérdida del 50% de su capacidad laboral, norma que en virtud del principio de favorabilidad debe ser aplicada a los miembros de las Fuerzas Militares. Por último, consideró que la pensión de invalidez y la indemnización no son incompatibles.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1ª Examen procesal. Conforme lo ordena el art. 207 de la Ley 1437, se advierte que la actuación propia de la segunda instancia se surtió acorde con el ordenamiento. No hay reparos de los sujetos procesales ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

2ª Alcance de la apelación. Puesto que la sentencia de primer grado estimó las pretensiones, la censura de la demandada y recurrente principal propone la revocatoria total, para que en su lugar se denieguen las pretensiones. El actor adhirió a la alzada para que se excluya el descuento de la indemnización por lesiones. La Sala decide con el pleno control del litigio.

3ª Medios y hechos relevantes probados:

15 Fundamentó su intervención en la sentencia del 3 de diciembre de 2001, radicado 16352, C.P. Ruth Stella Correa.

16 Intervención del minuto 15:32 a 22:14, audiencia de alegaciones.

17 Intervención del minuto 23:31 a 37:16, audiencia de alegaciones.

El señor Fredy Aldemar Valero Sierra se vinculó como *soldado profesional* al Ejército Nacional desde el 4 de enero de 2004 hasta el 16 de marzo de 2012, fecha en que fue retirado del servicio<sup>18</sup> por disminución de su capacidad laboral (fol. 178 y 19).

La Junta y el Tribunal Médico Laboral le dictaminaron al accionante una incapacidad permanente con disminución de la capacidad laboral del 52.16% y que no era apto para la actividad militar (fol. 10 al 15).

La disminución de la capacidad laboral se imputó el 9.5 % a enfermedad común<sup>19</sup>, el 27.5% a enfermedad profesional<sup>20</sup> y el 15.41% a lesión ocurrida en combate por acción directa del enemigo<sup>21</sup> (fol. 14 vta. y 15).

A través de la Resolución 133208 del 28 de marzo de 2012 al accionante le fue reconocida y ordenado el pago de una indemnización por disminución de la capacidad laboral (fol. 272); no se acreditó su pago, pero tampoco hay pretensiones relativas al mismo.

El 21 de junio de 2012 (Resolución No. 4893) se negó el reconocimiento y pago de la pensión invalidez, por no darse los presupuestos exigidos en el Decreto 4433 de 2004 (fol.16).

## 4ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

4.1 **PJ1.** *Se trata de dilucidar si es jurídicamente viable reconocer pensión de invalidez con fundamento en el régimen especial, a un soldado profesional que sufrió disminución de la capacidad laboral superior al 50% e inferior al 75% sin que la totalidad de la misma haya sido con ocasión y por causa exclusiva del servicio.*

**4.1.1 Tesis del Tribunal:** Sí. Tanto si se trata de la aplicación del régimen especial del servidor de las Fuerzas Militares, en virtud del parámetro fijado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y del principio de favorabilidad, para lo que no se tiene en cuenta el origen de la lesión para reconocerle pensión de invalidez, en el rango del 50% al 75%,

18 Orden administrativa 1165, fol. 19.

19 Orquiálgia crónica, tuberculosis y hemorroides internas.

20 Trastorno de estrés postraumático y hernia discal L4-L5.

21 Herida y lesión parcial de la movilidad en 3 dedo de la mano izquierda.

como si, acorde con las particularidades del caso, debe acudir al sistema general de la Ley 100.

#### **4.1.2 Los precedentes verticales y su marco dogmático.**

El Consejo de Estado ha considerado procedente la aplicación del régimen general, pese a la exclusión que el mismo hace respecto de los servidores de la Fuerza Pública (art. 297 de la Ley 100 de 1993), por resultarles más favorable, toda vez que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se requiere que la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 50%, en tanto que el régimen especial exige que como mínimo sea del 75%.

Los argumentos de dicha tesis se toman de sentencia de tutela en la que se sintetizó la postura jurisprudencial sobre el tema así:

“Concretamente, la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al caso sometido a consideración<sup>22</sup>, ha afirmado:

- Al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, para acceder a la pensión de invalidez, se observa que el primero es más beneficioso que el especial, pues exige que la disminución de la capacidad laboral sea de 50 por ciento o más, mientras que el segundo requiere que como mínimo dicha pérdida sea del 75 por ciento.
- Tanto esta Corporación como la Corte Constitucional han señalado que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir, que sean superiores a los del régimen común, porque si estos llegan a ser inferiores sin existir causa válida para el tratamiento preferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.
- Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la Fuerza Pública<sup>23</sup>, también lo es que la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó lo siguiente:

*“5. 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.”*

<sup>22</sup> A) Sentencias de: i) 23 de julio de 2009, expediente No. 2003-00080, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; ii) de 17 de febrero de 2011, expediente No. 2005-01883, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; iii) 6 de octubre de 2011, expediente No. 2007-00234, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras; y, B) Sentencias de Tutela de: 6 de agosto de 2009, expediente No. 2009-00778-01, M.P. Alfonso Vargas Rincón; y, ii) 3 de febrero de 2011, expediente No. 2010-0-00438-01, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, entre otras.

<sup>23</sup> “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.”

- Al respecto, se ha concluido:

*“...como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios...”<sup>24</sup>.*

Como puede verse en los extractos, el Consejo de Estado ha centrado su examen de favorabilidad únicamente en los porcentajes mínimos que los dos sistemas fijaron para los eventos de disminución de capacidad laboral por *causas múltiples*, no todas imputables al servicio (50% y 75% respectivamente); sin embargo, existe otra opción interpretativa factible que preserve con la misma eficacia los principios de *condición más benéfica y favorabilidad pro trabajador*, que deberá ponderarse en cada caso, vista la duración del vínculo antes del hecho generador de la incapacidad. Entre más se aleje el tiempo de servicio del *mínimo de semanas* que exige la Ley 100, más probable será que el régimen general resulte realmente más favorable al discapacitado.

#### 4.1.3 Precedentes de la Corte Constitucional

Hay una línea jurisprudencial estática<sup>25</sup> que considera factible el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los miembros de la Fuerza Pública cuya capacidad laboral está reducida en un 50%, sin que medie condición adicional a que haya sido determinada de esa forma por parte de los organismos médico laborales respectivos; esto es, sin diferenciar la *causa* de la misma o su imputación al servicio. Lo anterior con fundamento en las previsiones de los artículos 3 y 7 de la Ley 923 de 2004, para los hechos acaecidos con posterioridad al 7 de agosto de 2000.

En la sentencia hito consultada se indicó lo siguiente:

“ Aunque el régimen legal anterior no generaba el derecho a la pensión de invalidez a favor del miembro de la fuerza pública que tuviese una disminución de la capacidad laboral menor del 75%, y por tanto, solo se podía acceder a la misma cuando el porcentaje fuese igual o superior al 75%, a partir de la ley 923 de 2004, debe entenderse que esta situación se modificó, pues se reconoce que

<sup>24</sup> Sentencia del 11 de octubre de 2012, expediente de tutela No. 11001-03-15-000-201201380-00(AC), C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, actor: Carlos Emilio Gil Valencia, demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda y Otro.

<sup>25</sup> Sentencias T -829 de 2005, T-841 de 2006, T-595 de 2007, T-229 y T-431 de 2009, T-38 y T-969 de 2011 y T-35 de 2012.

los miembros de la fuerza pública pueden optar por una pensión cuando la invalidez sea igual o superior al 50%. En otras palabras, **la normatividad vigente para los miembros de la fuerza pública, contempla una situación distinta en el sentido de reconocer la pensión de invalidez cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al 50%**<sup>26</sup> (Sic). Resalta la Sala

En pronunciamiento posterior quedó claro que si bien es cierto el Decreto 4333 de 2004 en su artículo 32 considera inválido a quien sufra una disminución de su capacidad laboral igual o superior a un 50% e inferior al 75%, pero condicionada a que la lesión haya sido por actos meritorios o propios del servicio, el reconocimiento de la pensión de invalidez no admite tales condicionamiento; basta que se dé el porcentaje de la discapacidad del 50%. Indicó la Corte lo siguiente:

**“En ocasiones posteriores se ha reiterado esta regla jurisprudencial que, con base en el parámetro contenido en el artículo 3° de la ley 923, defiende la posibilidad de reconocer una pensión por invalidez a sujetos que padezcan una disminución de la capacidad laboral por encima del 50%, en contraposición con la norma derivada del artículo 30 del decreto 4433 de 2004 e incluso el régimen pensional anterior –decreto 1796 de 2000- que en general ordena su reconocimiento bajo la condición de tal calificación sea superior al 75% a menos de que se cumplan las condiciones exceptivas comprendidas en el artículo 32 del pluricitado decreto, en el que se hace referencia a los requisitos para el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente parcial producida en combate o actos meritorios del servicio. (...)**

Como fue enfáticamente explicado, de acuerdo con dicha ley<sup>27</sup> no es admisible un requisito que exija una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50% para el reconocimiento de esta prestación pensional lo que significa, contrario sensu, que **el margen de protección delineado por el Legislador, en ejercicio de sus atribuciones democráticas, oscila entre el 50 y el 100% de disminución de la capacidad laboral valorada por la Junta Médica o Tribunal Médico Laboral respectivo, sin otro condicionamiento adicional**<sup>28</sup> (Sic).

Salta a la vista, así no lo hayan consignado los argumentos que se extractan, que la Corte Constitucional inaplicó por ser contrario a la Carta el fragmento del Decreto 4433 del 2004, en cuanto introdujo una *condición* para el goce de la pensión, a partir de la disminución del 50%, como lo fue atarla a los *actos meritorios del servicio o en combate por acción del enemigo*, porque esas restricciones no las consagró la Ley 923 del 2004, a cuyos lineamientos tenía que sujetarse el Gobierno. Ello es lo que posibilita encontrar dentro del régimen especial de la Fuerza Pública exactamente la misma solución que proviene del sistema de la Ley 100, para quienes sufran la pérdida parcial de capacidad laboral por causas mixtas, no todas imputables al servicio.

26 Sentencia T-829 del 11 de agosto 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Se refiere a la Ley 923 de 2004.

28 Sentencia T-391 del 7 de mayo de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

#### 4.1.4 Marco normativo

Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993<sup>29</sup> se considera inválida una persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral sin importar la causa de la lesión; a su vez, bajo el régimen especial de las Fuerzas Militares y según la literalidad del art. 30 del citado Decreto 4433 de 2004, dicha pérdida debe ser igual o superior al 75%<sup>30</sup>.

Además en el estatuto especial se prevé el reconocimiento de la pensión de invalidez si la pérdida es igual o superior al 50% e inferior al 75%, siempre y cuando la misma sea atribuida a actos propios del servicio en los eventos que señala el artículo 32; sin embargo, tal como lo precisó la Corte Constitucional con fundamento en el parámetro contenido en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004<sup>31</sup>, es inválido quien padece una disminución de la capacidad laboral por encima del 50%, sin que medie exigencia adicional; esto es, cualquiera que sea la causa de la pérdida parcial de aptitud.

#### 5ª Posición del Tribunal

5.1 Las dos líneas jurisprudenciales arriba citadas convergen en la viabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez con una pérdida de la capacidad laboral del 50%, sin exigir requisitos adicionales, pero difieren en las consecuencias: no siempre y necesariamente será más favorable acudir al sistema de la Ley 100, como lo predica la opción del Consejo de Estado.

5.2 Para este Tribunal no cabe duda, en abstracto, acerca de la viabilidad de la solución que reivindica que el principio de favorabilidad permite desplazar normas

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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: (...).

<sup>31</sup> 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.**

especiales, cuando las leyes generales ofrecen mayores garantías al trabajador, específicamente en aspectos prestacionales y con mayor razón, cuando se trata de garantizar la protección reforzada que la Carta ordena para los *disminuidos físicos, sensoriales* o por otras causas. Esa arista está pacíficamente decantada en la jurisprudencia constitucional y administrativa<sup>32</sup>.

5.3 La tesis de la Corte Constitucional tiene la fortaleza adicional de apoyarse directamente en los lineamientos del artículo 3 de la Ley 923 de 2004; esto es, inaplica la restricción que introdujo el Gobierno mediante el Decreto 4433 del mismo año, de manera que no hay necesidad de acudir a otros sistemas normativos pues los regímenes especiales solucionan integralmente el problema jurídico y pueden brindar objetivamente mejores garantías a sus destinatarios; en particular, comparados los montos a reconocer por concepto de la prestación social que se reclama, puede encontrarse que entre los dos sistemas hay diferencias considerables.

5.4 En efecto: en el cuadro que sigue se comparan los efectos de los dos parámetros de determinación de la pensión, para concretar cómo podría comportarse la prestación en el caso concreto.

Norma	% incapacidad	Monto a reconocer por pensión de invalidez
Decreto 4433 de 2004 (art. 32)	Igual o superior al 50% e inferior al 75%	El 50% de las partidas computables previstas en el artículo 13.
Decreto 4433 de 2004 (art. 31)	Superior al 75%	Parte del 75% de las partidas computables antes aludidas, más los incrementos en los términos del artículo 31.
Ley 100 de 1993 (art. 40)	Igual o superior al 50% e inferior al 66%	Parte del 45% del IBL <sup>33</sup> el cual es incrementado en el 1.5% por cada 50 semanas, con posterioridad a las primeras 500 semanas cotizadas.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B", consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) radicación número: 08001-23-31-000-2005-00781-01(1399-08). Sección Segunda Subsección B, consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008) ref: 15001233100019990221701, número interno: 7643-2005. SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007) radicación número: 08001-23-31-000-2007-00450-01(AC). Sección Segunda - Subsección "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005) radicación número: 25000-23-25-000-2000-00975-01(2439-04).

**En igual sentido: Corte Constitucional**, sentencia T-146-13 magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB BOGOTÁ D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013). Sentencia T - 714/11 del veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011), M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Sentencia T - 491 -2010 del dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010) M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL, sentencia C-924/05, magistrado ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, Bogotá, D. C., seis (6) de septiembre de dos mil cinco (2005). **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral**, M.P.: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE radicación N° 39735 del ocho (8) de mayo de dos mil doce (2012).

<sup>33</sup> Ingreso Base de Liquidación.

Ley 100 de 1993 (art. 40)	Igual o superior al 66%	Parte del 54% del IBL, incrementado en un 2% por cada 50 semanas de cotización con posterioridad a las primeras 800 semanas cotizadas.
---------------------------	-------------------------	--

De lo anterior se colige que dado el porcentaje de la invalidez y el monto de las semanas cotizadas bajo el régimen general de seguridad social, el monto de la pensión siempre varía; en tanto que en el régimen especial cuya incapacidad sea superior al 50% e inferior al 75% el monto es el mismo. El incremento más significativo solo ocurre cuando dicho grado de disminución es superior al 75% de la pérdida de la capacidad laboral.

La aplicación – abstracta – de los dos modelos, a un evento con igual discapacidad (mayor a 50% menor a 66%)<sup>34</sup> y número de semanas de permanencia en el sistema de pensiones, arrojaría los siguientes resultados:

Semanas	Decreto 4433	Ley 100
500	50%	45%
600	50%	48%
650	50%	49,5%
700	50%	51%

Solamente después de las 650 semanas se equilibran los dos sistemas y puede ser neutro para el beneficiario que la pensión de invalidez se reconozca conforme al Decreto 4433, excluida la restricción incompatible con la Ley 923, o que se disponga con base en la Ley 100.

5.5 En consecuencia, aunque en principio la Sala acoge la solución que predica el Consejo de Estado, en abstracto y en cuanto honra adecuadamente el principio de favorabilidad al comparar en bloque los dos sistemas normativos en tensión, en cada caso tendrá que ponderarse el efecto real o práctico de cada régimen; si fuere menester, se acudirá en lugar de Ley 100 a la opción interpretativa que brinda la Corte Constitucional, con inaplicación de la condición odiosa que introdujo, *contra legem*, el aludido Decreto 4433 (art. 30).

<sup>34</sup> El rango es simulado, para acercarse al límite en que cambia el modelo en Ley 100; nada altera en el del Decreto 4433.

En rigor no se abandona el rumbo ratificado hace poco tiempo en otro fallo, pues aquí concurre una diferencia fáctica muy relevante, como lo es la pluralidad de causas de la disminución de capacidad laboral, de las cuales menos del 50% son imputables al servicio (accidente de trabajo, enfermedad profesional, actos meritorios del servicio, acción directa del enemigo).

**6ª Caso concreto.** El señor Valero Sierra, según la calificación que de sus lesiones hizo la Junta Médica Laboral,<sup>35</sup> tiene una incapacidad permanente parcial del **52.16%** cuyos porcentajes se atribuyen en un 9.5% a enfermedad común<sup>36</sup>, el 7.25% a enfermedad profesional<sup>37</sup> y el 15.41% a lesión ocurrida en combate por acción directa del enemigo<sup>38</sup> luego tendría derecho a ser indemnizado bajo cualquiera de los dos regímenes.

Sin embargo, le resulta más favorable la aplicación del régimen especial al que pertenece pues dado el porcentaje de su lesión y las semanas cotizadas (**425**)<sup>39</sup> el monto de la pensión a reconocer es mayor bajo las previsiones del artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 que el consagrado en el artículo 40 la Ley 100 de 1993. En consecuencia, la pensión reconocida deberá liquidarse, en proporción del 50%, con las partidas computables previstas en el art. 13<sup>40</sup> del Decreto 4433 de 2004.

En este sentido se modificará la decisión del a-quo, pues si bien es cierto accedió al reconocimiento de la pensión deprecada, lo hizo bajo los parámetros del régimen general que para este caso es menos favorable, pues el actor en ese sistema escasamente tendría derecho al 45% del IBL, equivalente a las partidas computables.

<sup>35</sup> Ratificada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, fol. 13.

<sup>36</sup> 1. orquialgia crónica, 2. tuberculosis y 3. Hemorroides.

<sup>37</sup> 4. trastorno de estrés postraumático y 6. hernia discal L4-L5. Secuela: lumbalgia crónica con limitación parcial.

<sup>38</sup> 5. Herida dedo mano izquierda –secuela: cicatriz con defecto estético leve en miembro superior izquierdo y lesión parcial de la movilidad del 3 dedo mano izquierda.

<sup>39</sup> Soldado profesional desde el 4 de enero de 2004 hasta el 16 de marzo de 2012, fecha en que fue retirado del servicio por disminución de su capacidad laboral.

<sup>40</sup> **Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

[...] 13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

**Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Queda así respondida la glosa principal de la parte pasiva y establecido el motivo central para confirmar la condena pero con argumentos dogmáticos y bajo presupuestos legales diferentes a los ofrecidos por el a-quo.

6.1 Actualización. Como se trata de prestaciones periódicas que debieron reconocerse y pagarse mensualmente, cada mesada tendrá que actualizarse por variación del IPC ( $Ra = Vh * If / li$ ); el valor histórico o nominal ( $Vh$ ), corresponderá al de la respectiva mesada, mes por mes, valga la redundancia para que nadie abrigue dudas,  $li$  lo será el IPC del mes de causación;  $If$ , el del mes de ejecutoria del fallo. Para ambos se utilizará la misma base de las *series de empalme* que fija el DANE. Es la metodología financiera usual y ya la ordenó el fallo recurrido.

7ª PJ2. *¿Es compatible la indemnización por disminución de la capacidad laboral consagrada en el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000<sup>41</sup> a favor de los miembros de la Fuerza Pública, cuyo desarrollo contiene el Decreto 94 de 1989, con la pensión de invalidez; o por el contrario, debe descontarse lo pagado por el primer concepto?*

**2.2.1 Tesis del Tribunal:** No son compatibles; procede el descuento. Los dos beneficios no coexisten, son excluyentes pues quien sea beneficiario de la pensión de invalidez no puede serlo de la indemnización legal por disminución de la capacidad laboral.

Esta corporación recientemente señaló lo siguiente:

**“4. Incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión de invalidez.** El aspecto que se aborda ahora quedó pendiente en el anuncio del sentido del fallo; profundizada su discusión, la Sala establece que por la *causa* de una y otra prestaciones y por la naturaleza misma de las cosas, son *incompatibles*: se reconoce indemnización a quien no tenga derecho a pensión de invalidez, precisamente para reemplazar con el pago único la prestación asistencial reservada para grados más altos de disminución de la capacidad de trabajo. Pero no las dos.

<sup>41</sup> ARTÍCULO 37. DERECHO A INDEMNIZACIÓN. El derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y se liquidará teniendo en cuenta las circunstancias que a continuación se señalan:

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

Si, por la mayor complejidad de las secuelas, se rebasa el rango mínimo para pensionar, la renta periódica, que puede llegar a ser vitalicia según las circunstancias, desplaza la indemnización en su totalidad. Así lo impone, además, elemental equidad, a la que se acude conforme al art. 16 de la Ley 446 de 1998<sup>42</sup>.

Resulta evidente que si, producto de una lesión o enfermedad, un servidor de las Fuerzas Militares adquiere una incapacidad laboral, podrá ser beneficiario de la indemnización por disminución de la capacidad laboral en los grados menores de perturbación (>50%); o de la pensión de invalidez, en los más elevados, pero no de las dos a la vez.

Luego, acertadamente lo concluyó el a-quo, al precisar que la víctima de la lesión que da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez no puede ser indemnizada por la disminución de su capacidad laboral pues se enriquece sin justa causa; efectivamente, se estaría incrementando injustificadamente su patrimonio, pues con dicha prestación el Estado ya le ha resarcido el daño causado en su salud, sin que haya lugar a indemnización adicional por no existir fuente legal justificativa que lo permita.

De otra parte, se advierte que la cita jurisprudencial<sup>43</sup> que sirve de sustento a la parte actora para concluir que son compatibles la aludida indemnización con la pensión de invalidez no aplica al caso en estudio; ella no corresponde a la *ratio decidendi*<sup>44</sup> de la sentencia invocada, además lo que allí se concluyó, entre otras cosas fue la compatibilidad de la indemnización *a forfait* que deviene de la ley con sustento en la relación laboral de la víctima, con la derivada por el daño antijurídico y en el caso sub-examen no se discute la responsabilidad extracontractual del Estado. Por el contrario, *las dos prestaciones son predeterminadas*, es decir, están previstas en el régimen laboral del servicio, luego no solo tienen la misma *causa*, sino que responden a la misma *fuentes*<sup>45</sup>.

Resta indicar que es paradójica la posición del recurso adhesivo del demandante: por un lado invoca el régimen de Ley 100, que ya se vio lo desmejora y que contiene la

<sup>42</sup> Sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 850012333002-2013-00008-00, ponente: Néstor Trujillo González.

<sup>43</sup> Sentencia del 3 de diciembre, radicado 16352, ponente Ruth Stella Correa.

<sup>44</sup> Corresponde a una cita que dentro de la aclaración de voto del consejero Gil Botero, se hace del libro "El Daño, páginas 51 y 52, autor Juan Carlos Henao, de la Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>45</sup> Acerca de esta arista produjo quien ahora es ponente **aclaración de voto a la** sentencia del 26-IX-2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 85001-33-31-702-2012-00036-01. La discusión no es pertinente en el caso concreto.

regla expresa de incompatibilidad de la indemnización con la pensión de invalidez<sup>46</sup> y por otro, pretende incorporar como fundamento de la concurrencia una fuente extracontractual, cuando todo el escenario se regula directamente por normas laborales.

Así las cosas, como quiera que en este aspecto el funcionario de primer grado aplicara una solución idéntica y ordenó el descuento de la indemnización por disminución de la capacidad laboral, se confirmará la providencia apelada en lo pertinente.

Se precisa, finalmente, que aquí se trata de una *pensión de invalidez*, no de *sobrevivientes*, arista última que tendría otras connotaciones ya estudiadas en la Corporación<sup>47</sup>.

3. **Costas**<sup>48</sup>. El recurso de la pasiva no prosperó ni tampoco el adhesivo de la actora. No hay lugar a ellas, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia de los recurrentes, ambos vencidos en esta instancia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio<sup>49</sup>.

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

<sup>46</sup> ARTÍCULO 45. 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 hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley.

<sup>47</sup> Se advierte, en guarda de la claridad, que el Tribunal ha determinado que *sí pueden concurrir prestaciones laborales predeterminadas* para beneficiarios de militares fallecidos, pero cuando se trata de *pensión de sobrevivientes*, lo que no es el caso. Entre otras, ver sentencias del 17 de octubre de 2013, M.P. José Antonio Figueroa Burbano, radicación número 85-001-3333-002-2012-00062-01; del 17 y del 24 de octubre de 2013, radicados 850013333002-2012-00107-01 (2013-0478) y 850013333001-2012-00020-01, respectivamente, ponente en ambas Néstor Trujillo González. En estas se citan otros precedentes con diferentes ponentes.

<sup>48</sup> La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

<sup>49</sup> Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencias del 17 de octubre de 2013, radicados 850012333002-2013-00008-00 y 850013333002-2012-00107-01; fallos del 24 de octubre de 2013, radicados 850013333001-2012-00081-01 (2013-512) y 850013333001-2012-00020-01; sentencia del 31 de octubre de 2013, radicado 850013333001-2012-00016-01 (2013-00427), toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

**RESUELVE:**

1° MODIFICAR el **ordinal segundo** de la sentencia del **5** de julio de **2013**, proferida por el juez primero administrativo de Yopal, por la cual definió las pretensiones de **FREDY ALDEMAR VALERO SIERRA**, contra la **NACIÓN – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional**, el cual quedará así:

**SEGUNDO:** *ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL – el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de **Fredy Aldemar Valero Sierra**, identificado con la cédula de ciudadanía 86.079.026, a partir del 12 de marzo de 2012 (fecha del retiro definitivo del servicio activo), equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables previstas en el art. 13 del Decreto 4433 de 2004, más los reajustes legales de rigor, conforme se indicó en la motivación.*

*Así mismo, si se reconoció y pagó indemnización por concepto de la disminución laboral, dicha suma junto con su respectiva indexación debe ser descontada de la que resulte adeudada por concepto de la prestación social que se ordena reconocer.*

*Dicha entidad deberá incluir al señor Valero Sierra en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares en calidad de pensionado.*

2° Confirmar en lo demás la sentencia recurrida, en lo que fue objeto de apelación.

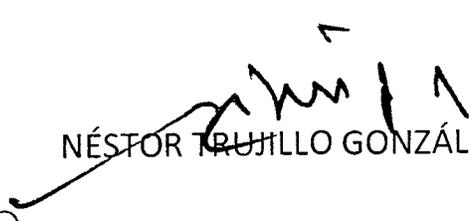
3° Sin costas en la segunda instancia.

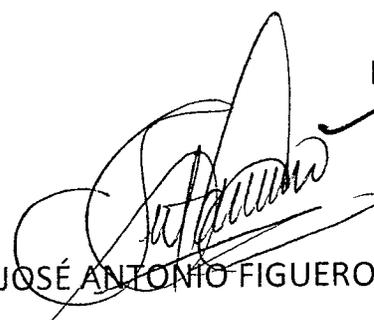
4° En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

**NOTIFÍQUESE**

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NRD Valero Sierra y Otro Vs. Ejército. Firmas, 16/16).

Los magistrados,

  
NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

  
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

  
HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Lida