TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: **Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta**

REFERENCIAS:

RADICACIÓN:	**25000 23 25 000 2012 00041 00**
DEMANDANTE:	**JAIRO IBARGÜEN MORENO**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**
ACCIÓN:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Corresponde a la Sala de Decisión de la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictar sentencia de primera instancia dentro de la demanda que en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho instauró el señor **Jairo Ibargüen Moreno** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.**

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

1.1.1 Pretensiones.

Solicita el demandante que se hagan las declaraciones y condenas que pasan a transcribirse:

> *1.1 Que respecto a la petición sobre reconocimiento y pago de pensión por sanidad y reajuste de indemnización, elevada al Ministerio de Defensa y comando del Ejército Nacional el 2 de julio de 2011, la entidad demandada respondió negativamente al guardar silencio, agotándose así la vía gubernativa conforme al ordenamiento jurídico.*
>
> *1.2 Declarar que el acto administrativo presunto anteriores nulo.*
>
> *1.3 Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, a título restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a pagar pensión por sanidad o invalidez al actor, en cuantía superior al setenta y cinco por ciento (75%)*

del salario devengado en la entidad al momento del retiro, decretando su reconocimiento y pago sin solución de continuidad, desde el mismo momento en que resultó discapacitado en forma absoluta y permanente, incluyendo los demás emolumentos, y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 90 del Decreto 94 del 11 de enero de 1989 (...)

1.4 Que, subsidiariamente, en el evento de contar mi prohijado, en el acta de evaluación médico laboral, con una discapacidad del 50% o más, e inferior al 75%, se dé aplicación, como principio de favorabilidad, a la Ley 100 de 1993, artículo 40, literal a), como se ha venido sugiriendo en reiterados y recientes pronunciamientos judiciales para casos análogos.

1.5 Reconocer y pagar a mi mandante el reajuste de la indemnización que legalmente le corresponda, conforme los parámetros que por incapacidad psicofísica determine el ordenamiento jurídico y acorde con el mandato del Decreto 94 de 1989, si este fuese aplicado.

1.6 Que se le reconozcan y paguen, como consecuencia de la prestación reconocida, los beneficios a que legalmente tiene derecho y que se encuentran establecidos en el artículo 40 de la Ley 48 del 3 de marzo de 1993, dejados de pagar al vencimiento del término aquí señalado, luego de su licenciamiento o desincorporación.

1.7 Que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A, la entidad sea condenada a pagar la indexación respectiva, dentro de la que están incluidos la corrección monetaria intereses correspondientes.

1.8 Reconocer y pagar a mi mandante, en dinero, el equivalente a 100 salarios mínimos legales vigente al momento de la sentencia, como reparación de los perjuicios causados.

1.9 Que la entidad demandada, dé cumplimiento a la sentencia que profiera el H. Tribunal en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del código contencioso administrativo y demás normas concordantes.

(...).

1.1.2. Hechos y omisiones.

Los hechos en que se fundan las declaraciones y condenas se sintetizan así:

a) El señor Ibargüen Moreno se incorporó al Ejército Nacional como soldado regular el 12 de febrero de 2008 "*siendo retirado del servicio activo, por disminución de la capacidad médico laboral, según evaluación que le fue practicada por la Dirección de Sanidad" (sic)*[1]
b) Las lesiones que dieron origen a la discapacidad del accionante son sustancialmente graves, de donde se sigue que, el porcentaje de disminución de la capacidad laboral determinado en el acta de Junta Médica Laboral No. 38866 de 15 de septiembre de 2010, por la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional no corresponde con su realidad.

[1] Según la documental (f. 13, el retiro se produjo por "tiempo de servicio militar cumplido"

c) El señor Ibargüen Moreno solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización que la había sido otorgada, sin embargo, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional guardó silencio.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación.

Enunció la trasgresión de normas superiores, legales y reglamentarias, así:

- Normas Constitucionales: artículos 2 y 25 de la Carta Política.

- Normas Legales: artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo; artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 39 del Decreto 1796 de 2000; y artículos 15, 47, 79, 86, 87 88 y 90 del Decreto 94 de 1989.

El apoderado del demandante estructura el concepto de violación de la siguiente manera:

Aduce que para el momento en que se produjo el ingreso del señor Jairo Ibargüen Moreno al Ejército Nacional, éste se encontraba en óptimas condiciones de salud, y fue durante la prestación de su servicio cuando se produjo una alteración grave que originó la incapacidad absoluta y permanente para el desempeño de actividades remuneradas; y a ello debe agregarse el síndrome del complejo de inferioridad suscitado por la frustración en la búsqueda y obtención de trabajo, como el impacto sobreviviente para su normal desenvolvimiento en las actividades de la vida social.

Aduce que, si bien es cierto, la entidad accionada reconoció a su mandante una indemnización, no lo es menos que, ella tuvo lugar sin que se hubiese valorado con justicia la incapacidad psicofísica del accionante.

Advierte que, dada la verdadera discapacidad física que padece el señor Ibargüen Mosquera, es necesario que las prestaciones le sean reconocidas conforme al ordenamiento jurídico; esto es, siguiendo lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000 según el cual el personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y los soldados profesionales, tendrán derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez cuando adquieren una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral.

Hace notar que, a través del acto ficto cuya nulidad se pretende, la entidad accionada no solo negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sino que además, se abstuvo de ordenar el reajuste de la indemnización, la cual ha de ser proporcional a la verdadera

pérdida de capacidad laboral; y es que según aduce, dicha suma debió ser reconocida en proporción a la escala o graduación resultante de la discapacidad sufrida en consonancia con los artículos 37, 71, 72 y 76 del Decreto 94 del 11 de enero de 1989.

Es reiterativo en afirmar que su prohijado sufrió una notable desmejora en su estado de salud y su calidad de vida mientras se encontraba en el servicio activo de la institución.

De otra parte, puso de presente que, el régimen especial para el personal del Ministerio de defensa y Policía Nacional previsto en los Decretos 1793, 1794 y 1796 de 2000 exige como presupuesto sustancial para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez una discapacidad mínima del 75%; normas que establecen una marcada inequidad frente a los presupuestos requeridos para ello en las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, en el que el porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral para obtener el derecho prestacional es apenas del 50%

Visto lo anterior, y en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, solicita que, de encontrarse que la disminución de la capacidad laboral del señor Ibargüen Moreno es inferior al 75%, se proceda a la aplicación de la Ley 100 de 1993.

1.2 Contestación de la demanda

A través de apoderado judicial, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional contestó dentro de la oportunidad legal la demanda y se opuso a cada una de las pretensiones allí formuladas, con fundamento en los siguientes argumentos[2]:

Inicia por señalar que de conformidad con los artículos 23 y 25 del Decreto 94 en 1989 las autoridades médico laborales están constituidas por la Junta Médico Laboral, la cual es convocada una vez se practique un examen físico y se encuentren lesiones o afecciones que ocasionen disminución de la capacidad laboral de los uniformados; y por el Tribunal Médico Laboral de Revisión, como máxima autoridad, el cual funge como última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las juntas médico laborales, corporación que podrá aclarar, ratificar, modificar o revocar tales decisiones.

Explica que de conformidad con el artículo 89 del Decreto 94 de 1989 la pensión de invalidez se reconocerá al personal que adquiere una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica; sin embargo, en el asunto que se estudia, de acuerdo con el acta de Junta Médico Laboral No. 38866 de 15 de septiembre del

[2] Folios 40 a 45.

2010, al demandante le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 9.5%, esto es, cuantía inferior a la requerida por la norma. Siendo ello así, surge palmario que no le asiste el derecho que reclama, a ello debe sumarse que, una vez conocidos los resultados de la junta médica, el ex uniformado no solicitó la convocatoria al Tribunal Médico.

Aduce además que, *"los empleados civiles al servicio de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa Nacional, particularmente los que comprenden los periodos citados por el actor dentro del texto de la demanda, encontrado asistidos por un régimen especial, como corresponden las determinaciones legales y normativas consignadas en el Decreto 1214 y 1212 1990, razón por la cual, dicho régimen resulta excluyente de las demás normas que cobijan al resto del sector público nacional, razón por la cual , de este régimen se establece que se puede adquirir el derecho a pensión con el desempeño de 20 años continuos, o discontinuos con edades que oscilan en 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, frente a lo cual ha imperado, igualmente la disponibilidad permanente del servicio, aspectos que denotan el carácter especial que acompaña al régimen especial que ha gobernado a los empleados civiles al servicio de las fuerzas militares y del Ministerio de Defensa Nacional, por lo que resulta claro entender que las normas citadas por el actor establecen régimen de incompatibilidades de su aplicación, excluyendo los regímenes especiales, particularmente los relacionados con el régimen aplicable a estos empleados públicos".*

1.5 Alegatos finales de las partes.

El apoderado judicial de la **parte actora** alega que, si bien es cierto, la discapacidad laboral (sic) sufrida por el demandante, en principio, no estaba dentro de los parámetros previstos por la ley para otorgar el reconocimiento y pago de la pensión, también lo es que, en la actualidad la situación de salud de éste es muy grave.

Conforme lo anterior, en el memorial que descorrió el traslado, solicitó que antes de emitir el fallo de fondo fuese practicada una evaluación médica por parte de la Junta regional de calificación de invalidez de Valledupar, lugar en el que dijo, residía el demandante para ese momento; medio de prueba que considera constituye una herramienta vital y determinante para la definición del proceso[3].

El **Ministerio de Defensa – Ejército Nacional:** no alegó de conclusión

El Ministerio Público no rindió concepto.

[3] Folios 81 a 83.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Cuestión previa – Ineptitud parcial de la demanda.

Recuérdese que, de conformidad con el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 – C.C.A., el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige, de suyo, la existencia de un verdadero acto administrativo definitivo que haya tenido la virtualidad de decidir directa o indirectamente sobre una situación cierta de derecho, creando, extinguiendo o modificando una situación jurídica, o que en su defecto, haya hecho imposible continuar con el procedimiento administrativo.

En tal sentido, la pretensión de nulidad sometida al estudio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la mentada acción, está restringida al conocimiento de aquella declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, emitida con el fin de alterar una situación jurídica, por oposición de los actos de trámite o preparatorios, que no tienen control jurisdiccional precisamente porque su propósito solo es impulsar una actuación o proceso administrativo pero no determinan una situación jurídica concreta.

Por su parte, el artículo 138 Ibidem, de tenía dicho que "*cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa*".

Ahora bien, en el asunto sometido a estudio se advierte que el señor Jairo Ibargüen Moreno acudió a la jurisdicción en procura de la declaratoria de existencia y nulidad del acto ficto presunto resultante del silencio administrativo negativo del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, ante la falta de respuesta a la solicitud radicada con el núm. 13639 C/2955 de 5 de julio de 2011; documento en el que, actuando a través de apoderado judicial solicitó, entre otras cosas, el reajuste de la indemnización que le fue reconocida producto de una lesiones sufridas durante la prestación de sus servicios como soldado regular.

Siendo así, prima facie habría que señalar que el acto cuya nulidad se pretende se encuentra debidamente individualizado – acto ficto presunto. Empero, en lo que hace específicamente a la indemnización otorgada al demandante se encuentre que, su situación de derecho había sido definida con anterioridad por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a través de acto administrativo, el cual era conocido por la parte actora y así se deriva precisamente de la petición de 5 de julio de 2011.

En efecto, según la documental que obra en el expediente la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional profirió la Resolución No. 113715 de 28 de febrero de 2011, a través de la cual ordenó reconocer con cargo al presupuesto de esa entidad la suma de **$3.190.127**, por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral; acto administrativo de carácter definitivo en tanto expresa el querer de la administración.

Visto lo anterior y si el demandante pretendía discutir el valor de la compensación que le fue reconocida por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, estaba obligado a demandar el mencionado acto dentro del término oportunidad que la norma prevé para ello, sin que sea posible obtener la variación de su contenido por intermedio de otra petición, pues se reitera, ese asunto ya había sido definido sin que pueda decirse válidamente que la situación de derecho en que se encontraba varió con la alegada configuración del acto ficto.

Por lo expuesto, surge palmaria la configuración de la ineptitud sustantiva de la demanda en lo que hace a la pretensión 1.5 referida al "*reajuste de la indemnización*" y así se declarará.

2.2 Problema jurídico.

Visto el contenido de la demanda y su oposición en el asunto bajo examen la litis se contrae a determinar: ***i.*** Si respecto de la petición radicada el 11 de julio de 2011 por el demandante ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se configuró el acto ficto presunto de carácter negativo; y ***ii.*** Si al señor Jairo Ibargüen Moreno le asiste derecho a que, en su condición de soldado regular retirado, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional le reconozca una pensión de invalidez de conformidad con el Decreto 94 de 1989; o la Ley 100 de 1993, según le resulte favorable.

Con el objeto de dilucidar los anteriores interrogantes, la Sala se referirá en primera medida a los supuestos fácticos y jurídicos que determinan la ocurrencia del acto ficto producto del silencio administrativo negativo; al régimen legal para el reconocimiento de la pensión de invalidez a los soldados regulares; y al régimen de reconocimiento de la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones – Ley 100 de 1993 y luego realizará el estudio de mérito de las pretensiones de la demanda.

2.2.1 El acto ficto.

Dispone el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo que transcurrido el plazo de tres (3) meses, contado desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

En términos de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, surge un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención de la Sala se encuentra probado que el día 5 de julio de 2011, el señor Jairo Ibargüen Moreno, actuando a través de apoderado judicial, solicitó ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el reconocimiento de pensión de invalidez (fs. 2 a 5), sin que obre en el expediente documento alguno del cual se pueda inferir que la petición fue resuelta de fondo.

Siendo ello así, surge forzoso concluir que en el caso de marras se configuró el acto ficto presunto derivado del silencio administrativo negativo del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional ante la falta de respuesta a la solicitud de 5 de julio de 2011.

2.2.2 El régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública.

Sea lo primero señalar que 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, se reguló en principio a través del Decreto 1836 de 1979, normatividad que fijó, como requisito para la pensión de invalidez, la determinación de una incapacidad durante el servicio o por causa y razón del mismo que implicara una pérdida de la capacidad sicofísica, mínima, del 75%[4].

Con posterioridad, el Decreto 094 de 1989[5] derogó las disposiciones del 1836 de 1979. Las normas que entraron en vigencia, mantuvieron para los soldados al servicio de las Fuerzas

---

[4] *"**ARTÍCULO 62. PENSIÓN INVALIDEZ DE LOS ALUMNOS DE LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN.** A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, adquiera una incapacidad en actos del servicio y por causa y razón del mismo que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada así..."*

[5] *Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes. Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional .*

Militares el mismo porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral, esto es, el (75%), como requisito para acceder a la pensión de invalidez, y se indicó también que bastaba con que la minusvalía hubiera ocurrido en el servicio.

De conformidad con el artículo 90 de dicha norma, el monto de la prestación correspondería a: *"a) El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%;* y *"b) El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%".*

La posterior expedición del Decreto 1796 de 2000, no supuso un cambió de la legislación en lo que hace a la pensión de invalidez. En efecto, mantuvo el porcentaje mínimo de invalidez en un 75% y los supuestos circunstanciales de origen de la disminución de la capacidad pisco- física; esto es, para el personal de oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo, las lesiones debieron haberse adquirido durante el servicio así como para el personal vinculado a la prestación del servicio militar obligatorio y para los soldados profesionales; mientras que en el caso de los alumnos de las escuelas de formación se exigió que la pérdida de capacidad laboral debía haberse configurado durante el servicio, por causa y razón del mismo.

Ahora bien, en ejercicio de las facultades constitucionales otorgadas al Congreso de la República en el artículo 150, numeral 19) literal e) de la Carta Política, el 30 de diciembre de 2004 se promulgó la Ley Marco 923 de 2004[6], que reguló los objetivos y criterios para el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, así como determinó los elementos mínimos que deben contener y orientar la reglamentación del 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, precepto que en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

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

---

[6] *«Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política».*

Conforme se evidencia, la Ley Marco establece que para el reconocimiento de la pensión de invalidez de miembros de la Fuerza Pública se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: **i)** que el monto de la referida pensión se liquide de acuerdo con el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral; **ii)** que la regulación no podía disponer el reconocimiento del derecho con una pérdida de capacidad sicofísica inferior a 50%; y **iii)** que para determinar el derecho al reconocimiento y liquidación de dicha pensión, se permite la existencia de criterios diferenciales, dependiendo de las circunstancias en las que se haya originado la pérdida de la capacidad laboral.

En desarrollo de la ley marco en mención se profirió el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la que en su artículo 30, respecto al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, dispuso:

> *"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:*
>
> *(...)*

Se sigue del precepto normativo en cita que, el derecho al reconocimiento de la pensión surgirá para el uniformado, siempre que la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía dictaminen una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida en servicio activo.

Conviene precisar en este punto que la norma antes citada fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado, que en providencia de 28 de febrero de 2013, dictada dentro del expediente No. interno 1238-07, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, declaró la nulidad parcial del mencionado artículo en tanto establecía que la disminución de la capacidad laboral debía ser igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%). Señaló la Corporación:

> *"De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados*

sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo.

Por 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".

Atendiendo la tesis expuesta, el Consejo de Estado estableció que el Gobierno excedió su facultad reglamentaria al condicionar el reconocimiento de la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública a la estructuración de una pérdida de capacidad laboral igual o superior a 75%, cuando la Ley Marco había señalado que el porcentaje de invalidez exigido para causar el derecho a dicha prestación no podía ser inferior al 50%.

Con ocasión de la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1157 de 2014[7], norma actualmente vigente, 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%, ocurrida en servicio activo, los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía podrán ser acreedores del derecho a la pensión de invalidez.

El artículo 2° del mencionado decreto es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 2o. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico-laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, así:

2.1. El cincuenta por ciento (50%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%), e inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

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

---

[7] *"Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro aun personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública"*

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%)".

Adicional a lo anterior, la norma previó en su parágrafo primero que, la base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional;

En este punto bien vale la pena citar la sentencia de 15 de agosto de 2019, proferida por el Consejo de Estado[8] en el que estableció algunas pautas de interpretación de las normas citadas, como son:

"i) La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez.

ii) La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante aquel pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo.

iii) La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material".

2.2.3. Régimen general

Los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 regulan lo relacionado con el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común con el siguiente tenor literal:

"*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.*

---

[8] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Con ponencia del consejero Dr. William Hernández Gómez, el 15 de agosto de 209, dentro del expediente dentro del proceso 25001-23-42-000-2012-01404-01.

> *"Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración* ~~*y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez*~~*." (texto subrayado declarado inexequible).*

De conformidad con el régimen general pensional, el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez tiene como requisito *sine qua non* acreditar una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%; merma que aparece como inferior a la que se encontraba prevista en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, antes de su declaratoria de nulidad, que como se ha visto correspondía al 75%.

2.2.4 Principio de favorabilidad

El Sistema General de Pensiones es de aplicación general, así se desprende del texto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, esta última no se extiende, en principio, a los miembros de la Fuerza Pública por expresa exclusión del artículo 279 ibídem, el cual prevé:

> *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.*
> *...".*

Así pues, el Régimen General de Pensiones excluyó de su aplicación a los miembros de la Fuerza Pública, empero, resulta atendible para los miembros civiles y no uniformados vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993. En consecuencia, en principio, esta disposición no podría ser utilizada para resolver la solicitud pensional de un soldado regular como ocurre en el asunto de marras.

Sin embargo, solo por vía de excepción, en virtud del principio de favorabilidad, el Consejo de Estado 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 laboral.

En lo que hace a este asunto, el Máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 23 de febrero de 2017, M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 08001-23-31-000-2004-00508-01 (1325-2009), señaló:

Sobre este particular, estima la Sala que 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.

No obstante ello, 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 de 12 de octubre de 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

> *"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 cobija.* ***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.".***

Bajo estos supuestos, advierte la Sala[4] la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de 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.

2.3 Del estudio de mérito de las pretensiones

Descendiendo al *sub júdice*, recuerda la Sala que en la presente oportunidad el señor Jairo Ibargüen Moreno, en su condición de soldado regular retirado pretende el reconocimiento de una pensión de invalidez por considerar que la pérdida de la capacidad laboral que sufrió durante la prestación de sus servicios al Ejército Nacional es igual o superior al 75%.

El accionado alega que el acto ficto cuya nulidad se pretende se encuentra ajustado a derecho, y ello es así, en razón a que la autoridad médica Militar determinó que el señor Ibargüen Moreno perdió apenas el 9.5% de su capacidad laboral, porcentaje que es en evidencia inferior al mínimo requerido en las reglas especiales que rigen la materia, como necesario para otorgar el derecho prestacional que se persigue.

---

[4] En este mismo sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencias de 23 de julio de 2009, Rad. 1925-2007. Actor: William Tapiero Mejía y Sentencia 13 de febrero de 2003. Rad. 1251-2002. M.P. Alberto Arango Mantilla.

Planteado el objeto y alcance de la alzada, y a partir de las pruebas recaudadas en el expediente, procede la Corporación a efectuar el análisis crítico que corresponde.

Para el caso concreto, está probado, que:

a) El señor **Jairo Ibargüen Moreno** fue soldado del Ejército Nacional, e ingresó como soldado regular el 12 de febrero de 2008 y retirado por tiempo de servicio cumplido el 10 de noviembre de 2009, con un tiempo de servicios prestados a las Fuerzas Militares de 1 año, 8 meses y 28 días[9].

b) Mediante Junta Médico Laboral No. 38866 de 15 de septiembre de 2011, al soldado retirado **Jairo Ibargüen Moreno** le fue determinada una pérdida de la capacidad laboral del 9.5% [10]:

> *"IV. **CONCEPTO DE LOS ESPECIALISTAS:***
>
> *FECHA: 25/05/2010. SERVICIO: CIRUGÍA GENERAL:*
> *FECHA DE INICIO: MASA HERNIARIA UMBILICAL DE VARIOS MESES DE EVOLUCIÓN, SIGNOS SÍNTOMAS: DOLOR LEVE UMBILICAL; DIAGNÓSTICO: HERNIA UMBILICAL; ETIOLOGÍA: ADQUIRIDA; ESTADO ACTUAL: PRESENTA PEQUEÑA HERNIA UMBILICAL LEVEMENTE DOLOROSA; PRONOSTICO: RESERVADO. DR. JAIME ARDILA*
>
> *FECHA: 15/06/2010 SERVICIO: ORTOPEDIA:*
> *FECHA DE INICIO: DOLOR LUMBAR CRÓNICO; SIGNOS SÍNTOMAS: DOLOR LUMBAR; DIAGNOSTICO 1) ESCOLIOSIS TORACO LUMBAR; ETIOLOGÍA; CONGÉNITO; ESTADO ACTUAL: REFIERE DOLOR PARA VERTEBRAL NO DÉFICIT DISTAL, ESCOLIOSIS TORACO LUMBAR 12° TORÁXICA NO LUMBAR; PRONÓSTICO: DOLOR EN SOBREHUESO. NULL. EDO DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES ARANGO.*
>
> *(...)*
> *CONCLUSIONES:*
>
> ***A.- DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:***
> ***1. LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA,** SIN RADICULOPATÍA CON ESCOLIOSIS TORACOLUMBAR, SIENDO VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA CON MEDICAMENTOS, ACTUALMENTE SINTOMÁTICO. 2) **HERNIA UMBILICAL,** VALORADO Y TRATADO QUIRÚRGICAMENTE POR CIRUGÍA GENERAL, CON EL HERNIORRAFÍA, CON EVOLUCIÓN FAVORABLE. ACTUALMENTE ASINTOMÁTICO. FIN DE LA TRANSCRIPCIÓN.*
>
> ***B. CLASIFICACIÓN DE LAS LESIONES O AFECCIONES Y CALIFICACIÓN DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA PARA EL SERVICIO.***
> *INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.*
> *NO APTO - PARA ACTIVIDAD MILITAR.*
>
> ***C. EVALUACIÓN DE LA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL.***
> *LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL NUEVE PUNTO CINTO POR CIENTO (9.5%)*
>
> ***D. IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO.***
> *AFECCIÓN - 1 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL. LITERAL (B)(EP)*
> *AFECCIÓN – 2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN. LITERAL (A)(EC).*
>
> ***E. FIJACIÓN DE LOS CORRESPONDIENTES ÍNDICES.***
> *DE ACUERDO AL ARTÍCULO 47, DECRETO 0094 DEL 11 DE ENERO DE 1989, LE CORRESPONDE POR 1-) NUMERAL 1 – 061, LITERAL (A), ÍNDICE UNO (1); 2-) NO HAY LUGAR A FIJAR DE LESIÓN".*

---

[9] Folio 13 y 64
[10] Folios 6 a 8

c) Apartes de la historia clínica del accionante, con ocasión de la avaluación médica realizada el 31 de mayo de 2010, por el médico tratante del Centro de Rehabilitación de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, el cual da cuenta de la escoliosis lumbar que aquejaba al demandante[11].

d) Concepto emitido por el Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa respecto del Acta de Junta Médico Laboral No. 38866 de 15 de septiembre de 2011, en el que, con fundamento en el texto de la mencionada valoración concluyó que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del 9.5% "*corresponde a lo establecido en el artículo 87 – tabla A del Decreto 094 de 1989, puesto que para la fecha de la calificación, el paciente contaba con 24 años y le fue asignado 1 índice de lesión*"[12].

e) El 9 de abril de 2013, el ponente, atendiendo el contenido del artículo 169 del C.C.A ordenó la práctica de un dictamen médico para determinar la disminución de la capacidad laboral del señor Jairo Moreno Ibargüen, el cual fue encomendado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del César, por tener competencia en el lugar, en el que según indicó el apoderado judicial, residía el demandante para ese momento (Valledupar)[13].

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar rindió el dictamen No. 3692 de 9 de octubre de 2013, en el que determinó una pérdida de la capacidad laboral del accionante del 62.87%[14], estructurada el 1° de septiembre de 2010, con el diagnóstico trastorno de estrés postraumático – episodio depresivo – no especificado. Con la siguiente argumentación:

> "*Paciente 27 años de edad, quién laboró como es el SLR Ex., prestó servicio militar obligatorio del 2008 al 2010, recibido entrenamiento militar en Tolemaida (Tolemaida) 3 meses y luego enviado a Leticia (Amazonas) en el cargo de oficios mantenimiento de la base y patrullando, 14 meses permaneció en la base hasta que salió de permiso que duró un mes, luego siguió patrullando. refiere que en julio del 2009 se resbaló en un puente de palos, se lastimó la rodilla derecha y la columna vertebral, afirma que cayó de espalda, estuvo en el centro de salud La Pradera, se le atendió con analgésicos para el dolor. A finales del año 2010 le dieron de baja, regresó a Quibdó, dice que salió por la lesión de la columna; tiene dolor de oído derecho, le preocupa el futuro se encuentra pesimista, refiere que no lo indemnizaron, refiere que no duerme y recuerda muerte de compañeros. le realizaron JML NO. 38866 en Bogotá el primero de septiembre del 2010, le calificaron C.L. de 9.50% examen psiquiátrico del 29 de julio del 2013: pensamiento de cuerpo lento, memoria afectada, no recuerda fechas, afecto deprimido, triste, baja autoestima, inteligencia promedio baja, prospección muerta. impresión diagnóstica: trastorno de estrés postraumático severo sin tratamiento, trastorno depresivo mayor severo, síndrome doloroso lumbar, lesión de rodilla derecha, firma: Oswaldo Matta,*

[11] Folio 14.
[12] Folios 76 a 78
[13] Folios 89 a 90
[14] Folios 112 a 114

Psiquiatría.

Valoración por medicina interna, Dr. Reinaldo Jaramillo: paciente de 26 años, quien prestó el servicio militar del 14 de febrero de 2006 a noviembre del año 2010 (sic), refiere que su dolor lumbar se le inició estando en el servicio militar; le practicaron herniorrafía umbilical, dolor en región lumbar y dorsal que le agudiza con los movimientos, impresión diagnóstica: lumbago no especificado, síndrome depresivo mayor. Epicrisis del Centro de Rehabilitación - Fuerzas Militares del 31 de mayo de 2010: sigue consultando por lumbago mecánico, actitud escoliótica de convexidad derecha, angulación de 11 grados, vértice a la altura del cuerpo vertebral de L2, actitud escoliótica dorsal de codo izquierdo con angulación de 12° y vértice a la altura de T9 dorsal, impresión diagnóstica: lumbago mecánico, escoliosis dorso lumbar sintomática.

se procede a fijar nuevos índices:
Lesión 1 A – Numeral 1-062, Literal B, índice 5, DLT = 25.00%
Lesión 2 A – Numeral 3 – 040, Literal B, índice 14 DLT = 50.50%
DLT[15] = DL1 + DL2
DL1=50.50%
DL2= (100-DL1) x DL2/100
DL2= 12.37%
DLT= DL1 + DL2
DLT= 50.50% + 12.37%
DLT= 62.87%"

f) En auto de 7 de abril de 2014, el directo del Despacho, al contrastar los dos dictámenes que respecto de la capacidad laboral del demandante obraban en el expediente, señaló que "al resultar dudosos los resultados entre uno y otro dictamen médico laboral en tan poco tiempo de diferencia, es necesario ordenar la práctica de uno nuevo que permita esclarecer la verdadera pérdida de la capacidad laboral del actor.

En razón a ello, solicitó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que procediera a realizar un nuevo dictamen médico laboral del señor Jairo Ibargüen Moreno[16].

g) Previo pago de los honorarios[17], la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen núm. 10100166 en audiencia de 21 de enero de 2015, en el que determinó una pérdida de la capacidad laboral del señor Jairo Ibargüen Moreno del 7.50%, estructurada el 15 de junio de 2010, por el diagnóstico de *lumbago no especificado*[18].

---

[15] Para mayor comprensión, es necesario recordar que de conformidad con el artículo 88 del Decreto 094 de 1989, Cuando se presente concurrencia de varios índices, debe aplicarse la siguiente fórmula:

DLT = DL 1 + DL 2 + DL 3 ...+ DLn.

Significado: DTL = Disminución Total de la Capacidad Laboral; DL 1 = Disminución Laboral 1; DL 2 = Disminución Laboral 2; DL 3 = Disminución Laboral 3; DLn = Disminución Laboral n

[16] Folios 115 a 118.
[17] La parte actora, acreditó el pago de los honorarios el día 19 de junio de 2014 (fs. 180 a 181)
[18] Folios 131 a 136

La mencionada Corporación inició por señalar que el señor Jairo Ibargüen Mosquera fue citado para su valoración los días 23 de septiembre de 2014, 30 de octubre de 2014 y 12 de diciembre de 2014; empero en ninguna de las tres oportunidades asistió ni allegó la excusa correspondiente; razón por la cual, el dictamen a rendir encuentra sustento a la documental que le fue remitida, con fundamento en ello arribó a las siguientes conclusiones:

> *"**Estudio del caso**: se trata de paciente que presenta lumbalgia causada por escoliosis dorso lumbar, valoración por Medicina Interna, se encontró sin déficit sensitivo, ni motor y con reflejos simétricos, además herniorrafía umbilical y trastorno mental diagnosticado por psiquiatría como estrés postraumático y trastorno depresivo mayor severo.*
>
> *Por lo anterior, se califica el paciente con el Decreto 094 de 1989 así:*
>
> *- Lumbalgia causada por escoliosis dorso lumbar: se aplica numeral 1 - 061 "lesiones o afecciones de la columna lumbar, incluyendo las dos últimas vértebras dorsales sin repercusión funcional", Literal "a", "grado mínimo", índice 1 (uno)*
> *-Trastorno de estrés postraumático, trastorno depresivo mayor, acorde con la nota 1, del artículo 79 del Decreto 1989, no se califica por cuanto se establece que para ser calificadas las enfermedades mentales, debe habérsele hecho una observación (seguimiento) por un largo período, y es claro que una sola valoración por psiquiatría no es un largo período.*
>
> *Así las cosas, se lleva estos índices a la tabla "A" 4el Decreto 094 y 1989, y se establece que el índice Uno (1) para la edad del paciente es del 7 5%.*
>
> *Por lo anterior, esta Junta decide:*
>
> *Diagnostico(s): lumbago no especificado*
> *Origen: enfermedad profesional*
> *fecha de estructuración: 15 de junio de 2010 (fecha de valoración ortopedia)"*

h) Del dictamen se corrió traslado a las partes, sin que los extremos de la litis se hubieran pronunciado respecto del mismo[19].

Puestas en este contexto las cosas, y en punto a resolver sobre la pretensión del demandante con fundamento en la prueba documental arrimada al proceso, será necesario advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al asunto, la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos por parte de los auxiliares de la justicia, quienes, a través de experimentos e investigaciones, realizan un examen de las cosas o personas.

Ahora bien, tratándose de la determinación de un aspecto tan técnico como es la pérdida de la capacidad laboral de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, en principio es la Junta Médico – Laboral

[19] Folios 255 a 257

y el Tribunal Médico Laboral de Revisión a las que corresponde la fijación del porcentaje de pérdida en ese campo.

Sin embargo, y de conformidad con las normas que gobiernan el trámite judicial, y pese a la existencia de un dictamen practicado en el procedimiento administrativo, es posible que el juez de conocimiento, dentro del trámite del proceso, sí así lo considera necesario, ordene la realización de una nueva valoración de la situación médica del ex uniformado, caso en el cual, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 2463 de 2001, aquella deberá ser encomendada en primera medida a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y/o a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, según sea al caso, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso.

Pues bien, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, la pérdida de la capacidad laboral del señor Jairo Ibargüen Moreno fue determinada por la Junta Médico Laboral mediante Acta núm. 38866 de 15 de septiembre de 2010, que determinó que aquella correspondía al 9.5%, ello con base en el contenido del Decreto 094 de 1989 y vistas las afecciones diagnosticadas al uniformado retirado, esto es: lumbalgia mecánica crónica y hernia umbilical.

Ahora, en el curso del proceso, se ordenó a la Junta Regional de Invalidez del Cesar dictaminar sobre la pérdida de capacidad del demandante, quien señaló que está correspondía al 62.87%, derivada, además del lumbago no especificado, de un *"trastorno de estrés postraumático"* y *"episodio depresivo – no especificado"*, cuya única noticia en el proceso, se extrae de la misma acta, la cual refiere una valoración por psiquiatría realizada el 29 de julio de 2013; y es que del referido trauma no da cuenta ni la historia clínica del accionante en su calidad de uniformado y tampoco algún otro episodio ocurrido en años posteriores y del cual se hubiere dejado constancia por una institución prestadora de servicios de salud o profesional de la medicina.

Advierte la Sala que si bien, en el diagnóstico de la calificación se indica que ello obedece al trastorno de estrés postraumático, también lo es que, en la ponencia del dictamen no se identifican sus consecuencias, si es objeto o no de rehabilitación ni se alude con claridad al porcentaje exacto de pérdida de capacidad atribuida a éste. En efecto, la ponencia señala que el uniformado tiene dos lesiones así: Lesión 1 A numeral 1 – 062, Literal B; índice 5, DTL = 25.00%; y Lesión 2 A – numeral 3 – 040, Literal B, índice 14, DTL = 50.50%, está última de conformidad con la descripción de lesiones del artículo 77 del Decreto 094 de 1989, parece corresponder al estrés postraumático.

Sin embargo, a renglón seguido y al expresar la fórmula que llevó a determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral indica que DL 1 (Disminución Laboral 1), es igual a = 50.50% y que DL 2 (Disminución Laboral 2) es equivalente a 12.37%; lo anterior sin pasar por alto, que el dictamen contiene algunos yerros en relación con el demandante, así verbi gracia se indica que *"prestó el servicio militar del 14 de febrero de 2006 a noviembre del año 2010"*. cuando en realidad ello sólo ocurrió entre 12 de octubre de 2007 y el 10 de noviembre de 2009. La situación así no permite extraer con grado de convicción la incapacidad laboral sometida a discusión.

En el expediente obra además, a instancias del deber del juez en función de la búsqueda de la verdad, el dictamen núm. 10100166 de 21 de enero de 2015, rendido con posterioridad por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, institución que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2463 de 2001 *"por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez"* tiene como función ***"[d]ecidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las calificaciones de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez".*** Se trata de un organismo funcionalmente superior a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y cuyo concepto se torna definitivo al menos en esas instancias.

En el dictamen rendido, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez analizó la experticia rendida por la Junta Regional de Invalidez del Cesar, y señaló concretamente que "*[t]rastorno de estrés postraumático, trastorno depresivo mayor, acorde con la nota 1, del artículo 79 del Decreto 1989,* ***no se califica*** *por cuanto se establece que para ser calificadas las enfermedades mentales, debe habérsele hecho una observación (seguimiento) por un largo período, y es claro que una sola valoración por psiquiatría no es un largo período*" , así y teniendo cómo único diagnóstico el de "lumbago no especificado" determinó que el señor Jairo Ibargüen Moreno tenía una pérdida dela capacidad laboral del **7.50%.**

Porcentaje que esta Sala acogerá para efectos de definir la controversia habida en consideración a que, ***i.*** encuentra sustento en la epicrisis o resumen de la historia clínica, exámenes y pruebas paraclínicas, historia clínica y valoraciones realizadas por los especialistas al accionante, tal y como lo ordena el artículo 9° del Decreto 2463 de 2001; ***ii.*** la decisión está debidamente motivada y determina con claridad el grado de severidad de la lesión; ***iii.*** proviene del organismo que actúa como cierre dentro del trámite de determinación de la pérdida de capacidad laboral dentro del Régimen General de Seguridad Social y cuya intervención ha sido aceptada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[20] para definir asuntos como el que nos ocupa; y además de ello ***iv***. una vez corrido el traslado respectivo a las partes, no fue objeto de objeción.

---

[20] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B"; C.P. Dr. César Palomino

268

No puede soslayar la Corporación que el señor Ibargüen Moreno fue citado en tres oportunidades por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a efectos de realizar nuevamente algunos exámenes y examen físico, empero, este no acudió sin brindar una excusa que justificará su actuación, como tampoco lo hizo su apoderado judicial en este proceso. Ello pese a que, como es sabido, a dicho extremo procesal correspondía la carga de la prueba, por disposición del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"; y a ello debe sumarse que atendido lo previsto en el literal 7 del artículo 71 ibídem, es su deber "*prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a* ***riesgo de que su renuncia sea apreciada como indicio en contra***".

En tal sentido y a efectos de demostrar la existencia de aquella patología de la que no había referencia alguna en el expediente "trastorno de estrés postraumático" y que al decir de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar incidió en la determinación de una pérdida de la capacidad del 62,87%, era necesario que hubiese acudido ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, empero no lo hizo, y por el contrario fue renuente a las citas que en forma reiterada le fueron programadas.

Puestas en este contexto las cosas y como quiera que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del señor Jairo Ibargüen Moreno determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es apenas del 7.50% porcentaje mínimo al previsto en las normas que regulan la materia, se impone para la Sala despachar en forma desfavorable las pretensiones de la demanda, en tanto no el accionante no desvirtuó la presunción de legalidad de que está revestido el acto ficto cuya nulidad se discutía.

2.3.1 Costas.

Finalmente, y como quiera que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

Cortés, sentencia de 27 de julio de 2017. Exp. **2809-14, en el que recordó que** ""*Cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario (el emitido en el trámite administrativo y el de los peritos designados en el proceso),* ***la Sala ha sostenido que debe darse prelación al dictamen que emitan los peritos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez.*** *(...)*".

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLÁRASE probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, en lo que hace a la pretensión 1 – 5 referida al reajuste de la indemnización.

SEGUNDO: DECLÁRASE la existencia del acto ficto presunto de carácter negativo originado con ocasión de la falta de respuesta a la petición radicada por el señor **JAIRO MORENO IBAGÜEN MORENO** ante el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** el día 5 de julio de 2011.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.
(La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO #08

Bogotá, D.C. 13 ABR. 2021
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaría, por un término legal.

Oficial mayor _____
JPGC