



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	VÍCTOR JAVIER GAITÁN ANTIVAR
ACCIONADO:	MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE:	50-001-33-33-002-2013-00213-00

Procede el Despacho a proferir sentencia en el presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES.

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.1. Medio de control

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor VÍCTOR JAVIER GAITÁN ANTIVAR, impetró demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, solicitando que se declare la nulidad del acto ficto negativo, generado de la no respuesta por parte de la entidad a la petición del 21 de diciembre de 2011, por medio del cual se le negó la pensión de invalidez y reajuste de la indemnización. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de invalidez en cuantía del 100% de lo que devengaba en la institución, desde el momento en que resultó discapacitado en forma absoluta y permanente, y reconocer y pagar el reajuste de la indemnización que legalmente le corresponda.

1.2. Sustento fáctico

La fijación del litigio fue la establecida en la audiencia inicial, del 10 de febrero de 2015, fase procesal que quedó en firme y sobre la cual no hay mérito para declaratoria de nulidad ni sanear situación anormal (fol.106-108).

2. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Parte demandante: Indicó que la razón para haber impetrado el presente medio de control, fue la calificación que recibió el demandante por parte de la Dirección de Sanidad de la entidad demandada, en la cual se le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 91,25%, lo cual, aunado a que no se demostró que tuviera alguna enfermedad preexistente, configura el derecho a acceder tanto a la pensión deprecada, como al reajuste de la indemnización, pues estos dos derechos son



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

compatibles, conforme lo indica la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1157 de 2014.

Añadió que la entidad ha tenido una conducta omisiva respecto del deber de garantizar la continuidad del servicio de salud del demandante, tal como lo ordena la Ley 1438 de 2011, concordante con la Ley 1751 de 2015, así como pronunciamientos de la Corte Constitucional, trayendo a colación la sentencia T-602 de 2009.

En relación con el reajuste de la indemnización, señaló que este derecho es compatible con la pensión de sanidad, conforme al artículo 3 numeral 3.12 de la Ley 923 de 2004, y finalizó solicitando dar aplicación a la prescripción cuatrienal en caso de que hubiera operado dicho fenómeno, pues el Consejo de Estado ha señalado que el Decreto 4433 de 2004 es inaplicable en este aspecto, debido a que el Gobierno Nacional al regular dicha materia excedió su facultad reglamentaria. (fol 323 a 327)

La entidad demandada – Ejército Nacional: Señaló que el derecho reclamado es improcedente, pues el artículo 30 del “Decreto 4433 de 2000” impone como requisito haber perdido el 75% o más de la capacidad psicofísica durante el servicio, y en el caso bajo estudio, al demandante se le determinó al momento del retiro una disminución de la capacidad laboral “*inferior*” del 91,25%, y asimismo, dentro de las pruebas decretadas por el Despacho, se realizó dictamen médico laboral por parte de la Junta Regional de Calificación “*del Meta*”.

Añadió que es probable que el grado de incapacidad médico laboral haya sufrido algún cambio por el simple transcurso del tiempo, situación que debe ser analizada al momento de decidir la presente instancia.

Finalizó indicando que se demostró que la Junta Médica Laboral efectuada por las Fuerzas Militares, se ajustó a la realidad y los parámetros legales, pues concuerdan los dos dictámenes que reposan en el expediente. (fol. 324 y 325)

Ministerio Público: No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

El problema jurídico dentro del presente asunto, se circunscribe a determinar si es viable ordenar el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del señor VÍCTOR JAVIER GAITÁN ANTIVAR, como consecuencia de la pérdida de la capacidad laboral que le fue diagnosticada como ocurrida en el servicio prestado a las Fuerzas Militares, y concomitante con ello, si le asiste también el derecho al reajuste de la indemnización que por dicha causa le fue reconocida.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

2. Régimen de pensión de invalidez para la Fuerza Pública.

La capacidad psicofísica ha sido definida como el conjunto de condiciones físicas y mentales necesarias para desempeñarse como miembro activo de la fuerza pública, las cuales son verificables al momento del ingreso al servicio, permanencia en el mismo, obtener ascensos o definir una situación médica laboral del servidor y las consecuencias prestacionales o asistenciales que ello genere.¹

Una de las consecuencias prestacionales de una evaluación desfavorable de la capacidad psicofísica, es el reconocimiento de la pensión de invalidez, derecho que ha tenido una evolución normativa a saber:

Inicialmente fue contemplado en el Decreto 1836 de 1979² que estableció una regulación diferenciada según los diversos cargos desempeñados en las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, tal y como se advierte en sus artículos 60, 61, 62 y 63. Sin embargo, todos tenían en común la exigencia de una disminución en la capacidad psicofísica de por lo menos el 75%.

La anterior regulación fue derogada tácitamente por el Decreto 94 de 1989³, que en su artículo 89 dispuso:

“Artículo 89. Pensión de invalidez del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad psicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera, así:

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

En cuanto a la determinación de la merma de la capacidad psicofísica del personal vinculado a las fuerzas armadas, la norma en cita estableció en sus artículos 19, 21 y 25 cuáles serían las autoridades médico-laborales competentes, de la siguiente manera:

“Artículo 19 Organismos Médico - laborales Militares y de Policía. Con excepción de lo determinado en los artículos 6o y 7o para los exámenes psicofísicos en el exterior,

¹ Artículos 2, 3 y 5 del Decreto 94 de 1989.

² Por el cual se terminan las normas relativas a la Capacitación Psicofísicas, las incapacidades, invalideces e indemnizaciones en el 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.

³ Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, 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.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

la capacidad sicofísica del personal de que trata el presente Decreto, será determinada únicamente por las autoridades Médico-Militares y de Policía.

Parágrafo. Son autoridades Médico-Militares y de Policía:

- a) Los Médicos Generales, Médicos Especialistas y Odontólogos al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.**
- b) Junta Médica Científica.**
- c) Junta Médico-Laboral**
- d) Tribunal Médico Laboral de Revisión.**

[...]

Artículo 21.- Junta Médico Laboral Militar o de Policía. *Su finalidad es la de llegar a un diagnóstico positivo, clasificar las lesiones y secuelas, valorar la disminución de la capacidad laboral para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines de indemnizaciones cuando a ello hubiere lugar. Estará integrada por tres (3) médicos, que pueden ser Oficiales de Sanidad o médicos al servicio de la Unidad o Guarnición, entre los cuales debe figurar el Médico Jefe de la respectiva Brigada, Base Naval, Base Aérea o Departamento de Policía; médicos pertenecientes a la planta de personal del Hospital Militar Central, o a la de otros establecimientos hospitalarios de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional. Cuando el caso lo requiera, la Junta podrá asesorarse de médicos especialistas, odontólogos y demás profesionales que considere necesarios. Será presidida por el Oficial o médico más antiguo.*

Las Juntas Médico-Laborales deberán estar fundamentadas en la ficha de aptitud sicofísica, ordenada para tal efecto, el examen clínico general correctamente ejecutado, los antecedentes remotos o próximos diagnósticos, evolución o tratamiento y pronóstico de las lesiones o afecciones basados en conceptos escritos de especialistas.

[...]

Artículo 25. Tribunal Médico-laboral de Revisión Militar y de Policía. *El Tribunal Médico-Laboral y de Revisión, es la máxima autoridad en materia Médico-Militar y Policial, como tal conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales.*

En consecuencia podrá aclarar, ratificar, modificar o revocar tales decisiones.

También conocerá el tribunal de las modificaciones que pudieren registrarse en las lesiones o afecciones ya calificadas por una Junta Médico-laboral, cuando la persona haya continuado en servicio activo.

Parágrafo. En casos excepcionales podrá el Tribunal disponer la práctica de nuevos exámenes sicofísicos.”

Conforme a esta normativa, el reconocimiento de la pensión de invalidez para los miembros de la fuerza pública, fue condicionado a determinarse una disminución de la capacidad psicofísica en cuantía igual o superior al 75%, siempre que hubiera ocurrido durante el servicio, y que las únicas autoridades facultadas para establecer dicha disminución son la Junta Médico-laboral Militar y de Policía, y el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Luego, en virtud de las facultades extraordinarias contenidas en la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto 1796 de 2000⁴, que entró a regir a

⁴ Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

partir del 14 de septiembre de ese mismo año, y en su artículo 38 estableció este derecho con los mismos requisitos, y fijó las pautas para su liquidación, manteniendo el 75% de merma de capacidad psicofísica como mínimo para acceder la pensión, pero aumentando su monto del 50% al 75% de las partidas computables, y proporcionalmente hasta llegar al 95%, así:

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

a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).

b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).

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

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

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

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004⁵, norma marco que respecto del derecho a la pensión de invalidez dispuso:

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

[...]

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

del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

⁵ 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.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

(50%) de las partidas computables para la asignación de retiro. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En desarrollo de este precepto normativo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004⁶ que en su artículo 30 reguló la materia bajo estudio, así:

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público. [...]” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como se puede observar, la norma marco –Ley 923 de 2004– dispuso como requisito para acceder a la pensión de invalidez, una pérdida de la capacidad psicofísica mínima del 50%, al igual que el monto a reconocer de la prestación, correspondería por lo menos al 50% de las partidas computables para cada caso, sin embargo, el Decreto 4433 de 2004 –tendiente a reglamentarla– dispuso en su artículo 30 un porcentaje de pérdida de capacidad psicofísica mínimo del 75% para acceder al derecho, hecho que generó su declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado – Sección Segunda mediante sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 1238-07, CP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, al considerar que se excedió la potestad reglamentaria pues se fijó un requisito superior al establecido en la ley marco para acceder al derecho. Así lo indicó la alta corporación:

“Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la

⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensonal y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

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

De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo.

Por 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.”

En virtud de esta declaratoria de nulidad, quedó imperando únicamente la norma general –Ley 923 de 2004– cuya regulación fue trascrita líneas arriba, y en cuanto a su vigencia, dispuso en su artículo 6° que:

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

Como quiera que la norma en cita dispuso su aplicación retroactiva, fue objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, que la Corte Constitucional decidió mediante sentencia C-924 de 2005, en la que se declaró exequible el precepto demandado, argumentando que el legislador tenía la facultad de determinar la aplicación retroactiva de la norma, con el propósito de beneficiar a quienes consolidaron su derecho con anterioridad a su vigencia.

Quiere decir lo anterior, que en las situaciones configuradas a partir del 7 de agosto de 2002, sería aplicable la Ley 923 de 2004, que como ya se indicó, contempla en su artículo 3° numeral 3.5 el reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad psicofísica en un porcentaje mínimo del 50%, equivalente al 50% de las partidas computables para cada caso.

Finalmente, para suplir el vacío reglamentario producto de la declaratoria de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, fue expedido por parte del Presidente de la República el Decreto 1157 del 24 de junio de 2014⁷, a través del cual se subsanó

⁷ Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

la falencia inicial, acatando las disposiciones de la Ley 923 de 2004, concretamente en lo que respecta al porcentaje de pérdida de capacidad psicofísica, fijándolo en un 50% mínimo para acceder a la pensión de invalidez, de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

Cabe resaltar que esta nueva norma entró a regir a partir del momento de su expedición, tal como lo dispuso el artículo 3°, razón por la cual solo es viable su aplicación para situaciones configuradas a partir del 24 de junio de 2014; para las anteriores, de acuerdo con el análisis antes realizado, debe darse aplicación a la Ley 923 de 2004, de la cual cabe destacar que estableció un porcentaje mínimo del 50% para acceder al derecho, *“teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral”*.

Al respecto, se tiene que la norma no enfatiza que la disminución de la capacidad psicofísica tenga que ser por causa directa del servicio, pero del aparte arriba citado se entiende que la intención del legislador es tener en cuenta las *“circunstancias que originen la disminución”* como un criterio para reconocerse el derecho, aspecto que debía ser reglamentado por norma especial, sin embargo, esta fue declarada nula como ya se vio, razón por la cual, entenderá el Despacho para efectos de desatar la presente controversia, que la disposición genérica de la Ley 923/04 se refiere a que la merma de la capacidad psicofísica tenga ocurrencia por lo menos durante la vinculación a la entidad, así no sea atribuible al servicio, pues sería un despropósito considerar que la normativa en mención regula situaciones configuradas cuando no existe vínculo legal y reglamentario con la entidad.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

2.1. Sobre la viabilidad del reajuste de la indemnización por disminución de la capacidad psicofísica.

Otra de las consecuencias prestacionales de la determinación de merma de la capacidad psicofísica, es el reconocimiento de una indemnización, derecho que se encuentra contemplado de manera concreta en el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000, en los siguientes términos:

“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.”

Es importante señalar que en los casos como el que ocupa la atención del Despacho, en los que se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez de manera concomitante con el reajuste de la indemnización ya reconocida por el Ministerio de Defensa, debe hacerse una diferenciación sobre estas dos prestaciones, toda vez que son independientes y de naturaleza distinta, teniendo en cuenta que la primera es de carácter periódico, en tanto que la indemnización se causa en un único momento.

El objeto de esta distinción radica en los presupuestos para demandar, pues mientras la solicitud del reconocimiento pensional por vía judicial se puede ejercer en cualquier momento, y no requiere agotamiento del requisito de conciliación prejudicial de acuerdo con la decantada postura del Consejo de Estado, el reajuste de la indemnización debe demandarse dentro del término de caducidad⁸, y previamente agotarse el requisito de procedibilidad ya señalado, pues se trata de una situación litigiosa que debe someterse a debate probatorio. De lo anterior se desprende entonces, que el incumplimiento de estos presupuestos impide que el fallador se pronuncie sobre la pretensión en concreto.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado en múltiples providencias⁹, que el Despacho se permite transcribir in extenso:

⁸ Cuatro (4) meses de acuerdo con el artículo 164 numeral 2 literal D de la Ley 1437 de 2011.

⁹ Sección Segunda – Subsección B sentencia del 30 de enero de 2014, exp. 1860-13, reiterada por la misma Sala mediante providencia del 22 de marzo de 2018, exp. 0412-2017.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

*“Bajo ese entendido es preciso indicar, tal y como se expresó anteriormente, que si los actos expedidos por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en principio son de trámite y pueden convertirse en definitivos, como quiera que impiden la continuación del trámite administrativo de reajustar la indemnización y de reconocer la pensión de invalidez, debe tenerse en cuenta que el fenómeno de caducidad opera de manera diferente para cada uno de estos reconocimientos. **Lo anterior, porque mientras la primera es de naturaleza eminentemente temporal, pues se cancela cuando se causa el derecho y por una sola vez, la segunda es una prestación de carácter periódica que puede ser solicitada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier momento.***

***Entonces, si de los actos administrativos se derivan dos prestaciones diferentes, como en el presente caso, pero sobre una ha operado la caducidad, se debe estudiar el fondo del asunto respecto de aquella pretensión que no se encuentre inmersa dentro de este fenómeno.** Es decir, si el interesado desea que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo estudie tanto la indemnización como la pensión de invalidez, previamente agotada la vía gubernativa ante la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, debe realizarlo dentro del término estipulado por la Ley, pues de lo contrario, solo se podrá estudiar aquél beneficio laboral que cumpla con los requisitos de prestación periódica¹⁰.*

*En el presente caso, el Acta del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía No. 1700 de 19 de mayo de 2000 fue notificada personalmente el 22 de febrero de 2001, **y como la demanda se presentó sólo hasta el 9 de julio de 2004, ha caducado la acción en lo concerniente a la indemnización, ya que no es posible que ahora a través de la acción incoada se pretendan revivir términos de los cuales no hicieron uso de manera oportuna;** situación muy distinta ocurre en cuanto a la pensión de invalidez, ya que al ser una prestación periódica, permite demandarse en cualquier tiempo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Tesis que también ha sido aplicada por la Subsección A de la misma corporación, al precisar no solo que la indemnización por disminución de la capacidad psicofísica es una prestación no periódica, sino que para solicitar por vía judicial su reliquidación se debe demandar el acto que la reconoció. Así lo indicó el alto tribunal:

“Sobre el particular debe precisarse que la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica no es una prestación de aquellas que se califican con el carácter de periódica puesto que se agota en un único pago, de manera que la acción que le pretenda se encuentra sujeta al término de caducidad de cuatro meses que fija el artículo 136-2 del CCA, distinto de lo que sucede respecto de la pretensión pensional en tanto es claro que el derecho a ella comporta una obligación de tracto sucesivo.

(...)

Así las cosas, es claro que si el actor quería controvertir la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica tenía que haber demandado el acto administrativo que definió su situación jurídica particular y concreta respecto de dicha prestación económica, esto es, la Resolución 44970 del 19 de mayo de 2005. No obstante lo anterior, no existe ninguna pretensión tendiente a cuestionar la validez de dicho acto, tal y como lo evidenció el juez de primera instancia.”¹¹

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Radicado No. 25001-23-25-000-1999-5833-01(5908-03), C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

¹¹ Sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 3318-15, CP William Hernández Gómez.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Así las cosas, resulta clara la independencia de las pretensiones de reconocimiento de pensión de invalidez, y la de reajuste de indemnización por pérdida de la capacidad psicofísica, sometiéndose esta última al cumplimiento de los presupuestos procesales relativos a una prestación de carácter definitivo.

También precisó el Consejo de Estado, que el incumplimiento de estos requisitos conlleva a la consecuencia inexorable, de proferirse decisión inhibitoria respecto de dicha pretensión en concreto, tal como se desprende del siguiente aparte jurisprudencial:

“Así las cosas, es claro que si el actor quería controvertir la indemnización por disminución de la capacidad psicofísica tenía que haber demandado el acto administrativo que definió su situación jurídica particular y concreta respecto de dicha prestación económica, esto es, la Resolución 44970 del 19 de mayo de 2005. No obstante lo anterior, no existe ninguna pretensión tendiente a cuestionar la validez de dicho acto, tal y como lo evidenció el juez de primera instancia.

Tales argumentos hacen inviable emitir un pronunciamiento sustancial sobre la materia y, por consiguiente, resulta innecesario pasar al estudio del tercer problema jurídico planteado¹².”

Y en ocasión posterior reiteró este criterio, al indicar¹³:

“Por lo anterior, la Sala encuentra serios impedimentos para emitir una decisión de mérito sobre el derecho que discute el apelante, aun siendo contra natura a la filosofía del proceso ordinario actual, pero inexorablemente deberá actuar de conformidad a este contexto porque en todo caso la sentencia que resuelva el fondo del litigio requiere que previo concurren los requisitos procesales, y que es necesario verificar en cualquier estado del trámite al tratarse de un deber del que no puede sustraerse el ad quem porque el control de legalidad es transversal, y además, una obligación de declarar cualquier excepción que encuentre probada aún en la segunda instancia.

Corolario de lo expuesto, para solicitar el reajuste de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, es deber demandar el acto que la reconoció, dentro del término que para tal efecto, contempla el artículo 164 numeral 2 literal D de la Ley 1437 de 2011.

3. Caso concreto.

El señor VÍCTOR JAVIER GAITÁN ANTIVAR se vinculó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular el día 21 de agosto de 2007 hasta el 3 de enero de 2008, luego, pasó a ostentar el grado de Dragoneante a partir del 4 de enero de 2008 hasta el 29 de julio de 2009; posteriormente fue Alumno Soldado Profesional entre el 20 de noviembre de 2009 y el 15 de enero de 2010, pasando a ser Soldado Profesional a partir del 16 de enero de 2010 hasta el 19 de enero de 2011, fecha en la que se dio su retiro definitivo (fol. 25, 137 y 152).

¹² Sentencia del 30 de marzo de 2017, sección segunda, subsección A, exp. 3318-15, CP William Hernández Gómez.

¹³ Sección Segunda – Subsección B, sentencia del 22 de marzo de 2018, exp. 0412-2017.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Su salida de la institución se dio como consecuencia de la pérdida de la capacidad laboral, que sufrió estando en el servicio, la cual le fue dictaminada mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 45370 del 29 de julio de 2011 en un porcentaje de 91,25% (fol. 18 a 21; 142 a 145 y 167 a 168), por herida que sufrió en su antebrazo izquierdo con arma de fuego, en combate directo con el enemigo acaecido el 6 de agosto de 2010, según Informativo Administrativo por Lesiones de fecha 28 de julio de 2011 (fol. 22 y 169).

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 3103 del 16 de mayo de 2012 le fue reconocida pensión de invalidez a partir del 15 de noviembre de 2011, conforme al artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía de \$637.634, correspondiente al 85% de las partidas contempladas en el artículo 13 ibídem, y adicionando un incremento del 4.5% (fol. 87 a 90 y 246 a 249).

Igualmente, le fue reconocida indemnización por disminución de la capacidad laboral a través de la Resolución No. 139791 del 27 de julio de 2012, en cuantía de \$49.264.488 (fol.216), en virtud de la petición radicada mediante apoderado el día 2 de diciembre de 2011 (fol.162-163).

Cabe resaltar que la anterior actuación administrativa, a través de la cual se reconocieron al demandante las prestaciones derivadas de su pérdida de capacidad laboral, se surtió con anterioridad a la presentación de la presente demanda, que fue radicada el 10 de septiembre de 2012 (fol.30).

Durante el trámite del presente medio de control, el demandante fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, que a través del Dictamen No. 6666 de fecha 10 de mayo de 2017, en el cual se le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 92,05% (fol. 275 a 277).

Teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, el apoderado de la parte demandante mediante memorial allegado al Despacho el 28 de noviembre de 2017, renunció expresamente a controvertir dicho dictamen en audiencia, como lo ordena el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, considerando que no hay diferencia considerable respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral señalada por la entidad demandada mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 45370 del 29 de julio de 2011 (fol. 310).

De acuerdo con el anterior panorama, el Despacho no tendrá en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del CGP, aunado que dicho porcentaje tampoco varía el monto de la pensión del demandante, en virtud de lo señalado en el artículo 30 – 30.2 del Decreto 4433 de 2004.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

3.1. Segunda parte del problema jurídico – Reajuste de indemnización.

Como se indicó en el acápite correspondiente, corresponde también determinar si al demandante le asiste derecho al reajuste de la indemnización que le fue reconocida por pérdida de su capacidad laboral al momento de su salida del Ejército Nacional.

Conforme a lo indicado en la parte considerativa, para analizar de fondo esta pretensión, se debe demandar el acto administrativo que reconoce dicha prestación, acatando el término contemplado en el artículo 164 numeral 2 literal D de la Ley 1437 de 2011.

En el presente asunto se tiene que la parte actora no procedió conforme a lo indicado, pues realizó una petición solicitando reajuste, y ante el silencio de la administración, solicita la nulidad de este acto ficto negativo, lo cual contraviene lo antes expuesto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado, razón por la cual, no queda más salida Despacho que inhibirse de analizar esta pretensión, conforme lo indicó el alto tribunal, pues esta situación configura las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y caducidad, las cuales, de acuerdo con el artículo 187 de la norma antes reseñada, pueden ser declaradas incluso en la sentencia, y así se procederá.

Corolario de todo lo expuesto en estas consideraciones, serán despachadas desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

SOBRE COSTAS

Teniendo en cuenta la postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas¹⁴, según la cual, se deben valorar aspectos objetivos relacionados con su causación, tal como lo establece el Código General del Proceso; pues consideró el alto tribunal que una de las variaciones que introdujo el CPACA fue cambiar del criterio subjetivo que predicaba el CCA, al objetivo, y en ese entendido, en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

Considerando que en el presente caso se decidió un asunto de carácter laboral, cuya controversia no causó expensas que justifiquen la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 1300123330000130002201 (12912014), Sentencia del 7 de abril de 2016.
Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01(1706-15), Sentencia del 19 de enero de 2017.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y caducidad, respecto de la pretensión de reajuste de indemnización por disminución de la capacidad psicofísica, reconocida al demandante por parte del Ejército Nacional.

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones demanda.

TERCERO: No hay condena en costas, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**LICETH ANGELICA RICAURTE MORA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE
VILLAVICENCIO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fab5e4eb0059f7e7130b1b5e2934a461b751fb31ac204a8a9db700d6332f3f5d

Documento generado en 30/06/2020 03:51:48 PM