

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 196

Santiago de Cali, veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2014- 00378- 00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : LUIS RODRIGO RIVERA BENAVIDES
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL

El señor **LUIS RODRIGO RIVERA BENAVIDES**, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, para que se hagan las siguientes:

1. DECLARACIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto nacido de la petición elevada el 15 de enero de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague la pensión de invalidez a su favor a partir de la fecha en que se concretó el derecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 de la ley 100 de 1993 y el numeral 3.5 del artículo 3 de la ley 923 de 2004, desde el momento en que sufrió el accidente el 7 de febrero de 2004, según el informativo administrativo prestacional por lesión No. 039/2010 y una vez realizada la respectiva Junta Regional de Invalidez.

1.3. Se paguen las mesadas atrasadas desde el momento en que se causó el derecho hasta el momento en que se dé cumplimiento al fallo.

1.4. Se pague la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de indemnización de perjuicios.

La parte accionante fundamenta su demanda en los siguientes:

2. HECHOS

2.1. El demandante fue incorporado al Ejército Nacional en el grado de soldado profesional, siendo adscrito al batallón de contraguerrillas No. 3 “PRIMERO NUMANCIA”, con sede en Cali.

2.2. El día de febrero de 2004 encontrándose en cumplimiento a su obligación fue objeto de un ataque de la delincuencia organizada, cuando se encontraba realizando labores de registro en inmediaciones del municipio de Tacueyó – Cauca, recibiendo serias lesiones a la altura del muslo izquierdo y abdomen.

2.3. Fue sometido a constantes tratamientos, que culminaron con el concepto del Tribunal Médico de Revisión Militar expediendo el acta No. 2647 -2656 del 15 de febrero de 2015, ratificando las conclusiones del acta de la Junta Médico laboral inicial, en la cual se estableció una disminución de la capacidad laboral del 46.62%, siendo por ello retirado de la fuerza pública, perdiendo su trabajo y la suspensión de los servicios médicos

2.4. Encontrándose desempleado, sin servicios médicos, ante el grave deterioro de su salud, tuvo que instaurar una tutela para que el Ejército Nacional le brindara atención de su salud, logrando mediante providencia del 17 de agosto de 2007 que fuera tratado.

2.5. El 15 de enero de 2014 presentó derecho de petición ante la entidad demandada solicitando valoración de su salud a través de la junta medico laboral o el Tribunal de Revisión Militar y de acuerdo a las conclusiones que estén estimen, se le reconozca la pensión de invalidez, sin que esta entidad diera respuesta, configurándose el silencio administrativo negativo.

3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN

La parte accionante señala como normas vulneradas, las siguientes:

- Constitución Política: artículo 2, artículos 29, 47, 48, 49.
- Decreto 1796 de 2000, artículo 19.
- Ley 138, 156, 162, 164 y 166 del CPACA.

Argumenta que se debe tener en cuenta la nueva historia clínica recopilada a raíz de la acción de tutela luego de la desvinculación del demandado, la cual refiere la necesidad de obtener una nueva valoración que permita establecer el grado actual de su disminución de la capacidad laboral, la que al obtener el 50% lo hace acreedor al reconocimiento de su pensión de invalidez, tasación suficiente en el régimen especial y en el régimen general para garantizarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, lesiones que fueron padecidas durante la prestación del servicio como se concluye de las actas de la Junta Médico Laboral y Tribunal Médico de Revisión Militar, por ello, al negarle la solicitud, se le vulneran los principios constitucionales de seguridad social, debido proceso y mínimo vital, al ser retirado del servicio sin recibir la respectiva pensión de invalidez, sin recibir apoyo médico ni social, desconociendo el derecho a la salud, a los tratamientos médicos y a la negativa de la realización de la calificación médica, vulnerando la ley por falta de aplicación. (fls. 2 a 6).

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 38 - 50)

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda de manera oportuna a través de apoderada judicial oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no están acreditadas las circunstancias de ilegalidad de los actos acusados.

Aduce que al modificar el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el índice de disminución de discapacidad del actor al 46.62%, no tenía razón para

otorgarle pensión, al soldado conforme al decreto 94 de 1989, ni el decreto 4433 de 2004, régimen especial aplicable para el personal militar.

En cuanto a la aplicación del régimen general para el reconocimiento de la pensión de invalidez, indica que no es procedente para obtener de este la condición de la pérdida de capacidad laboral para reputarse inválido y la aplicación igualmente de manera parcial del régimen especial previsto en el decreto 94 de 1989, respecto de la cuantía de la pensión en un 100%, por cuanto se vulnera el principio de inescindibilidad de la ley.

Expone además que no es procedente la aplicación del artículo 38, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política, la que condiciona a la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación o aplicación de las fuentes formales del derecho, lo que en este asunto no se presenta.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda y llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se practicó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, se decretaron las pruebas, se llevó a cabo las audiencias de pruebas los días 19 de julio de 2016 y 31 de mayo de 2017 en la que se objetó por error grave el dictamen practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, cerrándose la etapa probatoria y corriéndose traslado para alegar de conclusión, mediante proveído del 28 de junio de 2017 se decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró el periodo probatorio y corrió traslado para alegar, atendiendo a que no se surtió el trámite a la objeción. Posteriormente mediante providencia del 2 de agosto de 2017 se ordenó la práctica de un nuevo dictamen al actor a cargo de la Junta Medico Laboral Militar, de conformidad con las normas aplicables a las Fuerzas Militares, el que después de varios requerimientos fue practicado y aportado al plenario, corriéndose el respectivo traslado mediante proveído del 11 de julio de 2019 conforme obra a folio 182, siendo nuevamente objetado por el actor, resolviendo el Juzgado mediante auto del 1 de agosto de 2019 no darle trámite a la objeción y en su lugar se declaró cerrado el periodo probatorio, corriéndose traslado para alegar.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de la entidad demandada describió este término dentro del término de ley, mediante escrito en el que solicita negar las pretensiones, concluyendo que de acuerdo con el material probatorio allegado se demostró que no hay lugar a otorgar la pensión de invalidez a favor del actor, ya que el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica establecida en el acta de la Junta Medico Laboral del 6 de diciembre de 2018, es tan solo del 46.62%, porcentaje menor al establecido en la ley para efectos pensionales, sobre el cual ya fue indemnizado.

6.1. PARTE DEMANDANTE

Presenta sus alegatos mediante escrito en el que solicita se atienda la objeción

presentada contra el dictamen pericial.

Por su parte la señora Agente del Ministerio Público guardó silencio.

7. CONSIDERACIONES

7.1. PRESUPUESTOS DEL MEDIO DE CONTROL

Capacidad jurídica de las partes

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

La entidad demandada se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderada judicial, tal y como se comprueba en el poder obrante en el expediente.

Caducidad

En el presente asunto, el acto administrativo demandado corresponde a un acto ficto, en este orden de ideas no hay lugar a contabilizar el término de caducidad conforme lo prevé el literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

Requisito de procedibilidad

En el presente caso, en razón de la naturaleza laboral del asunto en el cual están involucrados derechos de carácter cierto e irrenunciable resulta improcedente exigir el agotamiento del requisito de conciliación extrajudicial previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011, no obstante esta fue cumplida conforme se observa a folios 24 y 25, del cdno ppal.

Frente al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2 del artículo 161 ibídem, observa el Despacho que por constituir el acto administrativo demandado un “acto ficto o presunto de carácter negativo”, la misma disposición antes citada prevé que: “.., *El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto*”.

7.2. PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA

Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

8. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el demandante Luis Rodrigo Rivera Benavides tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por la disminución de su capacidad laboral, en su condición de ex Soldado Profesional del Ejército Nacional.

Para efectos de resolver el problema jurídico, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden:

- i. Normatividad aplicable para el reconocimiento de pensión de invalidez para los miembros de la Fuerza Pública y precedente jurisprudencial aplicable.
 - ii. Pruebas relevantes obrantes en el plenario
 - iii. Del caso en concreto
- i. **NORMATIVIDAD APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL APLICABLE**

De acuerdo a la ocurrencia de los hechos expuestos en el libelo, tenemos que la pensión de invalidez del personal de la fuerza pública reclamada, se encuentra regulada en la ley 923 de 2004 y en el decreto 4433 de 2004, así:

La ley 923 de 2004, *"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"*, consagra en el numeral 3.5 del artículo 3 que:

"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". (NFT)

A su vez el artículo 6 de la ley 923 de 2004 consagra, lo siguiente:

"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, (...)" (NFT)

El decreto 4433 de 2004 proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley 923 de 2004 *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, regula en el Título IV, la pensión de invalidez, consagrando lo siguiente:

"Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, **Soldados Profesionales** y personal vinculado para

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

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

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

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

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

El artículo 31 de este mismo decreto estipula la liquidación de la pensión de invalidez originada en combate o actos méritos del servicio .

A su vez el artículo 32 del citado Decreto 4434 de 2004, consagra el ***Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio***, en los siguientes términos:

“ El personal de Oficiales, Suboficiales y **Soldados de las Fuerzas Militares**, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una **incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio**, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y 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, equivalente al **cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto**, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.

Parágrafo 1°. Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.

Parágrafo 2°. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la

pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas. (...)" (NFT)

Mediante sentencia del 28 de febrero de 2013 el H. Consejo de Estado declaró la nulidad de la expresión *"igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)"* contenida en el artículo 30 del decreto 4433 de 2004, concluyendo que esta exigencia del 75% desborda la potestad reglamentaria conferida por la ley 923 de 2004, que en el numeral 3.3. del artículo 3 establece el derecho a la pensión de invalidez cuando la merma de la capacidad laboral es equivalente por lo menos al 50%.

De la misma manera mediante providencia del 23 de octubre de 2014¹, esta Alta Corporación declaró la nulidad del artículo 30 del decreto 4433 de 2004, considerando que los porcentajes que aquí se señalan carecen de fundamento, toda vez que el porcentaje igual o superior al 75% desapareció el ordenamiento jurídico, así:

"Como surge del análisis conjunto de la totalidad del contenido normativo del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, los numerales 30.1, 30.2 y 30.3 de esta disposición tienen como punto de referencia necesario que exista una incapacidad laboral *"igual o superior al setenta y cinco por ciento 75%"*, ocurrida en servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, esos tres numerales del artículo citado parten de la base de la existencia de tal incapacidad para ordenar entonces como será liquidada, pues no se tendría ningún derecho si esa incapacidad laboral fuese inferior al 75%, lo que significa que tal liquidación con los porcentajes que allí se señalan, carece entonces de fundamento, debido a que la disminución de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 75% que le servía de base desapareció del Ordenamiento Jurídico."

En virtud de lo anterior el Gobierno Nacional expidió el decreto 1157 de 2014, *"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"*, consagrando en el artículo 2, lo siguiente:

"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

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, REF: EXPEDIENTE N° 11001-03-25-000-2007-00077 01, N° INTERNO: 1551-2007, ACTOR: JOSÉ LUIS TENORIO ROSAS

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%).

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 Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional.

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

Parágrafo 3. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición ésta, que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la mesada pensional se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de ésta pensión, se descontará éste porcentaje adicional.”

La Honorable Corte Constitucional a partir de la sentencia T-829 de 2005 consideró procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los miembros de la Fuerza Pública cuya capacidad laboral se encuentre reducida en un 50%, sin diferenciar la causa de la misma o su imputación al servicio, con fundamento en lo normado en los artículos 3 y 6 de la ley 923 de 2004, así lo sostuvo en la sentencia T-516 del 1 de agosto de 2013:

“(…) la Corte Constitucional ha procedido a la aplicación del 50% de pérdida de la capacidad laboral por hechos acontecidos con posterioridad al año 2002. **Esta interpretación fue acogida por primera vez en la sentencia T-829 de 2005**², cuando se estudió el caso de un agente del escuadrón antimotín que sufrió una disminución de la capacidad laboral del 62.44% como consecuencia de la prestación del servicio y, al cual se le negaba el reconocimiento de la pensión de invalidez por ser la pérdida de capacidad laboral inferior al 75%. En dicha ocasión expresó la Corte:

² MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

“En consecuencia, aunque el régimen legal anterior no generaba el derecho a la pensión de invalidez a favor del miembro de la fuerza pública que tuviese una disminución de la capacidad laboral menor del 75%, y por tanto, solo se podía acceder a la misma cuando el porcentaje fuese igual o superior al 75%, a partir de la ley 923 de 2004, debe entenderse que esta situación se modificó, pues se reconoce que los miembros de la fuerza pública pueden optar por una pensión cuando la invalidez sea igual o superior al 50%.”

En otras palabras, la normatividad vigente para los miembros de la fuerza pública, contempla una situación distinta en el sentido de reconocer la pensión de invalidez cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al 50%”. (Subrayado y negrilla ausente en texto original).

Este criterio ha sido utilizado por esta Corte con la finalidad de dar solución a distintos casos, entre los que encuentra el resuelto en la sentencia T- 229 de 2009³. En esta ocasión se estudió el caso de un soldado profesional de la Armada Nacional, el cual en cumplimiento de operaciones de conservación y restablecimiento del orden público fue atacado en el año 2005 por un grupo guerrillero del Frente 14 de las FARC. Como consecuencia de este hecho sufrió alteraciones de conducta razón por la cual, la Junta Médico Laboral de la Armada Nacional, determinó declararlo “no apto” para la vida militar, con una disminución de la capacidad laboral del 62.80%. En este caso esta Corporación resolvió reconocer la pensión de invalidez aunque le fue diagnosticado un porcentaje de disminución de su capacidad laboral inferior al 75%, esta vez en aplicación de la ley 923 de 2004 y el decreto 4433 del mismo año.

Del mismo modo se resalta el caso resuelto por la sentencia T-595 de 2007⁴, donde la Corte fue clara en afirmar que era procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez para miembros de la fuerza pública cuando su incapacidad permanente supere el 50%. En ésta oportunidad se estudió el caso de un miembro del Ejército Nacional que padecía de una disminución del 62.3% de su capacidad laboral y no se le reconocía la pensión porque no cumplía con el requisito de pérdida del 75% de la capacidad laboral como lo disponía el Decreto Ley 1796 del 2000. (...).

(...)

En resumen, esta Corte ha sido reiterativa al momento de proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los miembros de la Fuerza Pública cuando se les ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón a no cumplir con el requisito contemplado en el Decreto 1796 del 2000, el cual exigía una pérdida igual o superior del 75% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio. De igual manera se ha señalado que aquellos miembros de las Fuerzas armadas que perdieron más del 50% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio, así los hechos hayan ocurrido con anterioridad al año 2002, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión, en desarrollo de la Ley 923 de 2004 que les resulta más favorable. (Resaltado del texto).

(...)

Del análisis de los artículos anteriores esta Sala puede concluir que la norma les otorga a los Soldados de las Fuerzas Militares el derecho a recibir una pensión cuando en el

³ Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴ MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

ejercicio de sus funciones se les genere una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. (...)⁵

Del precedente normativo y jurisprudencial, se concluye que en el caso que nos ocupa en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez es aplicable el régimen especial previsto en los artículos 3 y 6 de la ley 923 de 2004, los cuales consagran sin otra exigencia adicional que el personal de la Fuerza Pública que sufra una pérdida de la capacidad laboral del 50% tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez.

ii. PRUEBAS RELEVANTES OBRANTES EN EL PLENARIO

1. Obra en el expediente copia de la hoja de servicios No. 3-00094499890 del 25 de junio de 2008 del actor. (fls. 25 y 26, cdno 2).
2. Fue aportada igualmente copia de acta de Junta Médica Laboral No. 5176 del 15 de octubre de 2004, en la cual se determinó una disminución de la capacidad laboral del actor del 46.62% (fls 16 y 17 y fls. 6 a 9, cdno 2).
3. Reposa también copia de acta de Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 2647-2656 del 15 de febrero de 2005, en la que se decidió ratificar las conclusiones de la Junta Médica Laboral No. 5176 al no evidenciar modificación entre lo calificado y lo evaluado. (Fls. 20 a 22, cdno ppal, fls. 13 a 17, cdno 2 y fls.3 a 5, cdno 3)
4. Obra copia de la Resolución No. 1871 del 16 de julio de 2008, mediante la cual la Secretaria General del Ministerio de Defensa negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante. (fls. 64- 65, cdno 2).
5. A folios 12 a 14 del cuaderno principal obra copia de la petición radicada por el actor el 15 de enero de 2014 ante el Grupo de Prestaciones Sociales-pensionados del Ministerio de Defensa, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez. (fls 12-14, cdno ppal).
6. Se aportó por parte del Hospital Militar Regional de Occidente copia de la historia clínica del demandante, donde figura la atención medica recibida en el año 2014 y 2015 en virtud de acción de tutela y el tratamiento recibido de acuerdo a los diagnósticos: Trastornos de estrés postraumático, traumatismo del nervio femorocutáneo a nivel de la cadera y del muslo y trastornos de discos intervertebrales lumbares y otros, con mielopatía. (fls 7-18, cdno 3).
7. A folios 78 a 84 obra dictamen pericial practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el cual se concluye como porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del señor Rivera Benavides del 42.50%, según el decreto 1507 de 2014, el cual fue objetado por el apoderado del actor argumentado que el fundamento normativo en el cual se apoyó la Junta Regional de Calificación de Invalidez no corresponde a los manuales y tablas del régimen especial de las Fuerzas Militares, objeción que fue aceptada por el Juzgado, ordenándose la práctica de un nuevo dictamen por parte

⁵ Corte Constitucional, Expediente T-3.858.917, Acción de Tutela instaurada por Yonathan Sierra Cancino contra de la Nación, el Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)

de la Junta Médico Laboral Militar.

8. A folios 179 a 181 obra acta de Junta Médica Laboral No. 105257 de fecha 6 de diciembre de 2018, en la cual se estableció una disminución de la capacidad laboral acumulada del actor del 46.62%.

iii. DEL CASO EN CONCRETO

Conforme a los preceptos legales, jurisprudenciales y el acervo probatorio incorporado al plenario, se encuentra acreditado que el actor el 22 de mayo de 1996 ingresó al Ejército Nacional a prestar servicio militar obligatorio como soldado regular, posteriormente fue soldado voluntario desde el 17 de junio de 1999 hasta el 1 de noviembre de 2003 fecha en la cual pasó a ser soldado profesional, siendo retirado del servicio mediante orden administrativa del 1028 a partir del 1 de marzo de 2005 por disminución de la capacidad psicofísica, con un tiempo de servicios de 7 años, 2 meses y 16 días⁶. (fls. 25 y 26, cdno 2).

Según informativo administrativo por lesiones realizado el 12 de febrero de 2004 por el comandante de Batallón de Contraguerrillas No. 3, el entonces soldado profesional Luis Rodrigo Rivera Benavides fue herido por arma de fuego a la altura del muslo izquierdo con orificio de salida a la altura del abdomen, en combate contra el sexto frente de las FARC en el área del corregimiento de Tacueyo del municipio de Toribio Cauca, estableciendo que la lesión ocurrió *"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"*

En virtud de lo cual, mediante acta de Junta Médica Laboral No. 5176 del 15 de octubre de 2004, se determinó una disminución de la capacidad laboral del actor del 46.62%, en la que además dentro de las conclusiones se observa que las lesiones-afecciones-secuelas calificadas corresponden las siguientes: "A) LESION FLEXOLUMBAL IZQUIERDA Y FEMORAL CON MONOPARESIA MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO y B) CICATRIZ CON DEFECTO ESTETICO MODERADO"

Solicitando el demandante la convocatoria del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al no estar conforme con la calificación, quien a través de acta No. 2647-2656 del 15 de febrero de 2005 decidió ratificar las conclusiones de la Junta Médica Laboral No. 5176 al no evidenciar modificación entre lo calificado y lo evaluado.

Se encuentra que en la petición radicada por el actor ante la entidad demandada el 15 de enero de 2014 que derivó el acto presunto acusado, se afirma que después de su desvinculación del Ejército, quedó enfermo, sin que esta entidad le prestara la atención médica requerida, razón por la cual acudió a la formulación de una acción de tutela, la que ordenó la prestación de los servicios médicos a cargo del Ministerio de Defensa, los que se han venido realizando, sin que se haya realizado una nueva valoración para establecer su estado de salud actual, solicitando una nueva valoración por parte de la Junta Médico Laboral o del Tribunal Médico de Revisión Militar y en consecuencia una vez establecida la disminución si se encuentra dentro de los parámetros mínimos previsto en ley 923

⁶ Según Hoja de servicios No. 3-00094499890 del 26 de junio de 2008, obrante a folio 25 y 26 del cuaderno "No. 2.

de 2004, se reconozca la pensión de invalidez.

En el plenario, para efectos de establecer si es o no procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez, producto del deterioro de la salud alegada, se ordenó por parte de la Junta Médico Laboral Militar la práctica de una nueva valoración a fin de establecer la actual calificación de la discapacidad, encontrando en este sentido, de acuerdo a las nuevas conclusiones de la Junta Médico Laboral que presenta el mismo índice de pérdida de la capacidad laboral del 46.62%, no obstante, este dictamen fue objetado por error grave considerando el actor que su conclusión se soportó en una decisión adoptada hace catorce años, esto es, en el año 2005, sin tenerse en cuenta los antecedentes médicos y clínicos, y que fue efectuado por una orden de tutela.

Revisada el acta de la Junta Médico Laboral No. 105257 del 6 de diciembre de 2018, contrario a lo alegado por el actor, se observa que si bien en la causal de convocatoria del dictamen se hace alusión a una tutela, en el aparte de la situación jurídica claramente se estipula que se está cumpliendo la orden impartida por este Juzgado (fl.181), asimismo se desprende que en el dictamen se llega a la valoración de la discapacidad, después de considerar los conceptos rendidos por los especialistas, una vez verificado su estado actual, así:

"Fecha: 20/06/2018 servicio: PSIQUIATRIA (COMITÉ BASAN)
FECHA DE INICIO: PACIENTE CON ANTECEDENTE DE HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN 2004 POR FUEGO AMIGO DE IAL, LUEGO DE LO CUAL TIENE LESIONES DE MIEMBRO INFERIOR Y COLUMNA Y HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN ABDOMEN (...) LUEGO DEL RETIRO INICIA CON CONDICION BIZARRAS COMO DORMIR (...) POR LO QUE SE INICIO TRATAMIENTO DE PSIQUIATRIA HASTA LA FECHA (...) ESTADO ACTUAL: PACIENTE COLABORADOR, PSICOMOTOR SIN ALTERACIÓN AFECTO ANSIOSO, PENSAMIENTO LOGICO COHERENTE SIN IDEACION DELIRANTE, FOBIBA NI OBSESIVA (...) PRONOSTICO: PACIENTE ACTUALMENTE ASINTOMATICO. Null. MEDICO ESPECIALISTA No. 133886."

Fecha: 31/07/2018 Servicio: MEDICINA FAMILIAR

(...) DIAGNOSTICO: 1. CEFALEA POSTRAMAUTICA CRONICA, 2. SD COLON IRRITABLE POR LESION TRAUMATICA DE COLON SIGMOIDES. PRONOSTICO: SINTOMAS CONTINUO, SEGÚN EVOLUCION. Null. MEDICO ESPECIALISTA No. 1333406.

Fecha: 25/07/2018 Servicio: ENDOSCOPIA (...)

Fecha: 31/07/2018 Servicio: OTORRINO (...)

Fecha: 16/07/2018 Servicio: OPTOMETRIA (...)

Fecha 26/06/2018 servicio: AUDIOMETRIA TONAL SERIADA (...)

Fecha 04/07/2018 Servicio: CIRUGIA GENERAL (...)

Fecha 13/08/2018 Servicio: ORTOPEDIA (...)

Fecha 27/06/2018 Servicio AUDIOMETRIA (...)

Fecha 28/06/2018 Servicio AUDIOMETRIA (...)

En esta misma acta se dejó expresa constancia que el paciente tuvo pleno conocimiento de los conceptos emitidos por los especialistas, de la misma manera se consignaron las siguientes conclusiones en cuanto al diagnóstico de las lesiones o afecciones por él padecidas, así:

1). TRANSTORNOS DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO VALORADO POR EL SERVICIO DE PSIQUIATRÍA, EN EL MOMENTO ASINTOMÁTICO, QUIEN NO APORTA DOCUMENTACIÓN, NI HISTORIA CLÍNICA DE SEGUIMIENTO ESTANDO ACTIVO EN LA FUERZA Y QUE TENGA UN NEXO CAUSAL DIRECTAMENTE, YA QUE A LA FECHA HAN TRANSCURRIDO 13 AÑOS DE SU RETIRO Y PUEDE TENER RELACIÓN FACTORES SICOSOCIALES O PERSONALES QUE CONLLEVEN AL DESARROLLO DE ESTE ANTECEDENTE. 2). EN SERVICIO COMO CONSECUENCIA DEL COMBATE O EN ACCIDENTE RELACIONADO CON EL MISMO O OR (SIC) ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO PRESENTA HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN REGIÓN LUMBAR IZQUIERDO CON LESIÓN DE PLEXO LUMBOSACRO IZQUIERDO, LESIÓN SEVERA NERVIOS FEMORALES IZQUIERDO CON DEVENACIÓN Y SÍNDROME REGIONAL COMPLETO CON POSTERIOR OSTEOMIELITIS ILÍACO IZQUIERDO, SÍNDROME DE COLÓN IRRITABLE POR LESIÓN TRAUMÁTICA DE COLÓN SIGMOIDE VALORADA POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA, MEDICINA FAMILIAR, CIRUGÍA GENERAL, QUE YA HABÍA SIDO CALIFICADA EN LA JUNTA MÉDICO LABORAL 5178 DEL 15/10/2004 Y TML 2647-2656 DEL 15/02/2005. 3). POP LAMINECTOMIA POR HERNIA DISCAL L5 S1 EN EL AÑO 2015, VALORADA POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA, CON ANTECEDENTE DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES HACE 13 AÑOS, EN HISTORIA CLÍNICA NO SE EVIDENCIA COMPROMISO A NIVEL DE VÉRTEBRAS SIN EVIDENCIA DEL NEXO CAUSAL, ADEMÁS SE DESCONOCE FACTORES OCUPACIONALES POSTERIOR AL RETIRO. 4.) FRACTURA OLECRANON CODO IZQUIERDO CON OSTEOSÍNTESIS, VALORADA POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA, DONDE NO SE EVIDENCIA HISTORIA CLÍNICA QUE SOPORTE QUE TENGA ALGUN NEXO CAUSAL DURANTE EL SERVICIO MILITAR ACTIVO.- 5) DESVIACIÓN SEPTAL, VALORADO POR EL SERVICIO DE OTORRINOLARINGOLOGÍA, ASINTOMÁTICO QUE NO REQUIERE TRATAMIENTO QUIRÚRGICO.- 6) GASTRITIS CRÓNICA SUPERFICIAL Y HERNIA HIATAL, VALORADA MEDIANTE ENDOSCOPIA DE VÍAS DIGESTIVAS ALTAS, SUCEPTIBLE A MANEJO MÉDICO. 7) CEFALÉA POSTRAUMÁTICA CRÓNICA, VALORADA POR EL SERVICIO DE MEDICINA FAMILIAR, SUCEPTIBLE A MANEJO MÉDICO.- 8) TRASTORNO REFRACTARIO DADO POR ASTIGMATISMO MIOPIA DERECHO Y MIOPIA OJO IZQUIERDO ASOCIADO A PRESBICIA, CON AGUDEZA VISUAL CORREGIDA 20/20 OIY OD, VALORADO POR EL SERVICIO DE OPTOMETRÍA, CONTROLADO, QUE NO DOCUMENTA NEXO CAUSAL, EN LA FICHA MÉDICA DE RETIRO CON REPORTE DENTRO DE LOS LÍMITES NORMALES. 9) REPORTE DE HIPOACUSIA BILATERAL, VALORADO MEDIANTE AUDIOMETRÍA TONAL SERIADA ACTUALES, QUEIN (SIC) NO DOCUMENTA HISTORIA CLÍNICA QUE DETERMINE UN NEXO CAUSAL CON EL SERVICIO ACTIVO Y SE DESCONOCEN EXPOSICIÓN OCUPACIONAL POSTERIOR A SU RETIRO DEL 2005."

De donde se concluye, por una parte que la Junta Médico Laboral Militar en el dictamen si tuvo en cuenta conceptos actualizados de médicos especialistas, en efecto todos datan del año 2018, fecha en que se practicó la pericia, los cuales además fueron conocidos por el actor; de la misma manera se establece que en el acta se consignaron las conclusiones respectivas con relación a cada una de las afecciones padecidas, encontrando que si bien el señor Rivera Benavides presenta varias dolencias, estas no guardan relación con el servicio prestado en las Fuerzas Militares; y respecto a la lesión padecida en el servicio militar de conformidad con las nuevas valoraciones de los médicos especialistas se decide que corresponde al mismo porcentaje del 46.62% antes calificado, deduciéndose por ello que la objeción por error grave alegada por el actor no está llamada a prosperar.

Así las cosas, al haber acreditado que al actor que en el ejercicio del servicio militar se le generó una pérdida laboral inferior al 50%, con fundamento en lo previsto en el régimen especial del personal de la Fuerza Pública, artículos 3 - numeral 3.5 y 6 de la ley 923 de 2004, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Aunado a que si bien nuestro máximo Tribunal Supremo de la Jurisdicción

Contenciosa Administrativa⁷, en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los miembros de la Fuerza Pública, ha considerado en algunos casos que es procedente la aplicación de la norma general en lugar de la especial, en virtud del principio de favorabilidad⁸, tenemos que con la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez se requiere igualmente que la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 50%⁹, en el caso bajo estudio se encuentra probado que también se practicó dictamen por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, sin desconocer que este también fue objetado por el actor y que la misma fue atendida por el Juzgado, se advierte que los peritos de esta Junta Regional aplicando la normatividad para el régimen general establecieron un porcentaje de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del actor del 42.50%, porcentaje con el que tampoco es posible el reconocimiento de esta prestación bajo la normatividad prevista para el régimen general.

En consecuencia, se negarán las pretensiones al no haberse probado que el acto administrativo enjuiciado se hubiera dictado en contravía de los principios constitucionales y legales alegados, manteniéndose por ello incólume la presunción de legalidad que lo cobija.

Costas

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁰ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

⁷ Sentencias de: i) 23 de julio de 2009, expediente No. 2003-00080, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; ii) de 17 de febrero de 2011, expediente No. 2005-01883, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; iii) 6 de octubre de 2011, expediente No. 2007-00234, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras; y, ii) Sentencias de Tutela de: 6 de agosto de 2009, expediente No. 2009-00778-01, M.P. Alfonso Vargas Rincón; y, ii) 3 de febrero de 2011, expediente No. 2010-0-00438-01, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, entre otras.

⁸ - Al respecto, se ha concluido:

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

⁹ Así lo consagra en el artículo 38 de la ley 100 de 1993: “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.”

¹⁰ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

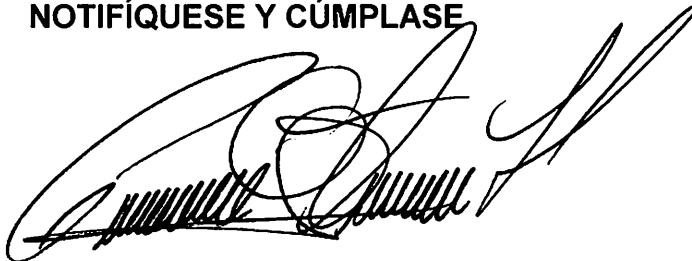
RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'PAOLA ANDREA GARTNER HENAO', with a stylized flourish extending to the right.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

Rlm