



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **FABIÁN ENRIQUE MOSQUERA TIQUE**
Demandados: **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
EJÉRCITO NACIONAL**
Radicación: **73001-33-33-003-2017-00227-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Fabián Enrique Mosquera Tique contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES¹

Pretensiones principales

- 1.1. Que se declare nulo el acto administrativo ficto o presunto, emanado de la no respuesta a la petición elevada por la parte actora, sobre el reconocimiento y pago de pensión por sanidad y reajuste de indemnización, elevada ante el Ministerio de Defensa y Comando del Ejército Nacional.
- 1.2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a pagar **pensión por sanidad o invalidez** al actor, en cuantía del noventa y cinco por ciento (95%) del salario que devengaba en la entidad, al momento de su retiro, teniendo en cuenta el acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante en el 98,20%, sin solución de continuidad, desde el momento en que resultó discapacitado en forma absoluta y permanente, incluyendo los demás emolumentos, y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000.
- 1.3. Que se ordene reconocer y pagar al demandante, el reajuste de la indemnización que legalmente le corresponde, conforme a los parámetros que por incapacidad psicofísica determina el ordenamiento jurídico y acorde con el mandato del Decreto 94 de 1989 y Decreto 1796 de 2000, si fuese aplicado.
- 1.4. Que se ordene pagar las mesadas retroactivas a que legalmente tiene derecho el demandante.
- 1.5. Que se condene a la entidad demanda pagar la actualización respectiva, aplicando los ajustes del IPC, conforme al artículo 187 del CPACA.

¹ Folio 16-17

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

- 1.6. Que se ordene reconocer y pagar, al demandante, en dinero, el equivalente a (100) salarios mínimos legales vigentes al momento de la sentencia, como reparación de los perjuicios causados.
- 1.7. Que la entidad demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los Artículos 187 y 192 del CPACA.

Pretensión subsidiaria

Que subsidiariamente y en caso de no acceder a la pensión de invalidez, se condene a la demandada a reconocer y pagar una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.

2. HECHOS²

Como sustento fáctico relevante se relacionan los siguientes:

- 2.1. Que el señor Fabián Enrique Mosquera Tique prestó sus servicios al Ejército Nacional, siendo retirado por servicio militar cumplido y evaluado por disminución de la capacidad laboral, según acta que le fuera practicada por la Dirección de Sanidad y que se acompaña.
- 2.2. Que con el pasar del tiempo, su salud se fue deteriorando gradualmente, razón por la cual tuvo que asistir a Medicina Regional del Trabajo, ante las dificultades de atención que encontró en su organismo para ser atendido, y que una vez realizada valoración por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, se determinó la existencia de algunas patologías originadas durante su permanencia en esa institución, habiéndole determinado una discapacidad médico laboral del 98,20%, según Acta 11067748 del 28 de mayo de 2013, padeciendo de graves y severos problemas de salud.
- 2.3. Que las lesiones que dieron origen a dicha evaluación médica y su retiro, son sustancialmente graves, al punto que lo mantienen al margen del desempeño de cualquier actividad laboral en el sector privado, las cuales fueron originadas durante su permanencia en el Ejército Nacional, razón por la cual, le permite inferir que el dictamen dado por Medicina Laboral de la institución, es desproporcionado y no se ajusta a su gravedad como a las premisas del artículo 15 del Decreto 1796 de 2000 y normas concordantes.
- 2.4. Que desde la época de su evaluación médico laboral, el demandante no ha tenido recuperación alguna y ha dependido siempre de sus familiares, lo que ha sido para ellos una pesada carga, ante su imposibilidad de poder obtener unos ingresos razonables y dignos, por causa de su discapacidad psicofísica.
- 2.5. Que en la petición denegada, se solicitó al ente demandado el reconocimiento y pago de pensión y reajuste de indemnización del demandante, previo examen y reevaluación de sus actuales condiciones psicosomáticas, como también, el tratamiento y suministro de medicamentos que la gravedad de su estado de salud demanda.
- 2.6. Que por sus reales y actuales condiciones, tiene una discapacidad que lo hace merecedor del derecho a la pensión de sanidad prevista en el artículo

² Folios 17

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

90 del Decreto 094 de 1989 y el inciso a) artículo 39 del Decreto 1796 del 2000.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Artículos 1, 2, 4, 25, 29, 53 y 228 de la Carta, artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 15, 37, 44, 45 del Decreto 1496 de 2000, artículo 40 de Ley de 1993, artículo 40 literal f) de la Ley 48 de 1993, Ley 923 de 2004 y Ley 100 de 1993, artículo 40, literal a).

Señala el apoderado que cuando el actor ingresó al Ejército Nacional, se encontraba en óptimas condiciones de salud, y que la alteración grave sucedió encontrándose activo dentro de dicho organismo, lo que le ha generado una incapacidad absoluta y permanente para el desempeño de las actividades productivas, y que si bien la entidad reconoció una indemnización, no valoró con justicia su incapacidad psicofísica, al negarle la pensión de invalidez reclamada.

Afirma que de manera paralela a la pensión denegada, igual suerte corre la indemnización; la cual obviamente ha de ser reajustada en el momento que le corresponda y que por ende también se encuentra vulnerado dicho derecho.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional señala que se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que son contrarias a la Constitución y la Ley, ya que es jurídicamente inviable darle alcance al principio constitucional de favorabilidad, por cuando el actor lo que pretende es revivir términos que de forma y fondo ya han sido definidos por la jurisdicción contenciosa; además que la Nación – Ministerio de Defensa ha emitido respuestas, sin pretender con ello modificar o generar situaciones fácticas ya plenamente definidas, de las cuales se predica su legalidad y que se encuentran plenamente ejecutoriadas.

Afirma la apoderada de la entidad demandada, que en el caso concreto ha operado la excepción de caducidad en el caso de las actas de junta médico laboral, que pese a que la parte actora lo quiera hacer ver como un simple concepto médico, estas actas tienen los elementos propios de un acto administrativo, el cual expresa la voluntad de la administración y que tiene como propósito crear o extinguir obligaciones, en este caso la obligación que crea no es frente al soldado regular sino frente a la misma administración, la cual debe emitir otro acto administrativo tendiente a definir o no la permanencia del soldado en la institución castrense, y que en el caso concreto, fue el acta No. 44352 del 8 de junio de 2011 la que estableció la pérdida de capacidad laboral del soldado y su no aptitud de continuar en la Fuerza Armada, pero la parte demandante no acudió a demandar este acto administrativo sino hasta después de los cuatro meses a su notificación, por tanto operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Igualmente señala la apoderada que las pretensiones carecen de sustento fáctico y jurídico, pues los hechos en los que se fundamenta el vicio del acto demandado, no están probados, no está acreditadas las circunstancias de ocurrencia de los hechos que alega la parte actora.

³ Folios 18-20

⁴ Folios 66-87

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

Señala igualmente que la parte actora pretende darle valor probatorio al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, sin tener en cuenta la existencia de la Junta Médica Laboral del Ministerio de Defensa Nacional a través de las autoridades de sanidad, pese a que considera que se configura una flagrante ausencia de requisitos legales para decretar un dictamen pericial, cuando existe uno que versa sobre los mismos puntos, practicado por la entidad demandada y que se surtió con audiencia de las partes; además, que el mismo el artículo 29 del Decreto 094 de 1989 establece el término de 4 meses contados a partir de la notificación de la junta médico laboral para solicitar la convocatoria del Tribunal Médico laboral de Revisión, en observancia de los derechos de impugnación y doble instancia, el cual el accionante no activó, razón por la cual considera que el actor pretende es revivir términos ya expirados.

Una vez la parte demandada hace un recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, concluye que los hombres que adoptan como empleo el vincularse al Ejército Nacional como soldados profesionales, conocen de ante mano que están expuestos a afrontar ciertos riesgos, como el de actuar con las armas en la defensa por la integridad del país, o en la guarda del orden público en los eventos en que es necesario hacerlo, y si por causa de ello, reciben por ejemplo una lesión, la administración no está obligada a responder por ella por falla en el servicio, sino que lo hace como si fuera la ocurrencia de un accidente de trabajo, por esta razón es que el legislador ha previsto que cuando se presentan esas circunstancias debe, en primer lugar, prestarle la atención médica necesaria para obtener la plena recuperación del lesionado y si después de ello comprueba que el soldado no es apto para la vida militar, le da la baja, garantizándole el pago de una indemnización acorde con la incapacidad que dictaminen los peritos médicos, es más, si conforme a ese peritaje, la incapacidad llega a determinado porcentaje que haría imposible que el soldado profesional continúe desarrollando sus labores normales, concretamente, si sube a más de un 75% la incapacidad, la ley autoriza que se le reconozca una pensión de invalidez.

5. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de octubre de 2014 (fl. 26), correspondiéndolo su conocimiento al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que se declaró la falta de competencia a través de providencia del 15 de junio de 2016 (fls. 42), remitiendo las diligencias al Tribunal Administrativo del Tolima, que en auto de fecha 4 de julio de 2017, declaró igualmente la falta de competencia y ordenó su remisión a los Juzgados Administrativos de Ibagué en razón a la cuantía (fl. 47), siendo admitida por este Despacho en providencia del 22 de agosto de 2017, disponiendo lo de ley (fl. 54). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 08 de junio de 2018, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 104), la cual se llevó a cabo el día 07 de noviembre de 2018, en ella se realizó el saneamiento del proceso, **se declaró probada la excepción de caducidad formulada por la parte demandada frente a la pretensión de reajuste de la indemnización**; por lo que se entiende continuado el trámite, únicamente respecto de la pretensión pensional y subsidiaria de indemnización sustitutiva, que estaría a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

En esta misma audiencia, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo, se decretaron pruebas, y se fijó fecha para celebración de audiencia de pruebas, para el día 20 de febrero de 2019 (fol. 112-115).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

Llegada la fecha y hora de audiencia de pruebas, se evacuaron algunas de las decretadas, quedando pendientes algunas documentales (fls. 141-144), allegadas estas y luego de surtirse su traslado en auto del 3 de julio de 2019 (fl. 157), se otorgó en auto del 29 de julio de 2019, un término de 10 días para la presentación escrita de los alegatos de conclusión (fl. 158), haciendo uso de su derecho tanto la parte actora (fls.159-163), como la parte demandada (fls.164-176)

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- **Parte demandante (Fol. 159-163)**

Señala el apoderado judicial de la parte demandante, que el señor Fabián Enrique Mosquera obtuvo como resultado de su evaluación médico pericial, una calificación de discapacidad del 98.20% realizada por la Junta regional de Calificación de invalidez del Meta, porcentaje que supera el 50% exigido por el artículo 3 numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, que le daría el derecho a la pensión de sanidad, por cuanto dicha discapacidad médico laboral guarda relación directa con las lesiones y patologías padecidas en servicio activo en el Ejército Nacional, medio de prueba que afirma es plenamente eficaz y acorde con el artículo 218 y siguiente del CPACA en concordancia con el artículo 226 del CGP, para demostrar que cumple con todas las normas objetivas, así como los criterios legalmente establecidos para el acceso a dicha prestación periódica.

Afirma que no existe prueba de la preexistencia de una enfermedad imposibilitante al momento de la incorporación del actor a las filas militares y que al contrario, con la aceptación de su ingreso por encontrarse apto para el servicio, se infiere que el origen de sus patologías se remonta a la época de la prestación del servicio en la institución armada.

Finaliza señalando que se reúnen los elementos que le dan pleno derecho al accionante al reconocimiento y pago de la pensión de sanidad y a reajuste de la indemnización, que le corresponde, el último punto, por no ser incompatibles entre sí, estos derechos reclamados en las pretensiones de la demanda, por cuanto están debidamente establecidos en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y 3.12 como en su Decreto Reglamentario 1157 de 2014, artículo 2.

- **Parte demandada (Fol. 164-176)**

La apoderada judicial de la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, destacando nuevamente que la disminución de la capacidad laboral del señor Fabián Enrique Mosquera se tasó por las autoridades de Sanidad Militar en un 21.7% siendo calificado para actividades de la vida militar, decisión en firme que no fue atacada, mientras que el acta de la Junta regional de Calificación de invalidez del Meta, no cumple con los requisitos de ley, pues se basa en conceptos vencidos para la época de los hechos, y no prueba que el demandante se encuentra incapacitado para desempeñarse en la vida civil.

Concluye señalando que el hecho de que el demandante al entrar a la entidad se encontrara en óptimas condiciones de salud, no lo eximía de que en cualquier momento hubiere sido objeto de enfermedad como cualquier ser humano, máxime cuando obra plena prueba que la afección que padecía no presentó patología alguna, por lo que reitera que no es jurídicamente viable el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Concluidos los trámites de la instancia y al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Fabián Enrique Mosquera Tique, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en cuantía del 95% del salario que devengaba en la entidad al momento del retiro o subsidiariamente, si tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.

3. MARCO NORMATIVO

i) De los soldados regulares

Al tenor de lo establecido en el artículo 3º de la Ley 48 de 1993 "*Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*", todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la referida normativa.

La mentada Ley dispone que el personal inscrito se someterá a tres (3) exámenes de aptitud sicofísica (art. 15), los cuales están consagrados en los artículos 16, 17 y 18 *ibídem*, normas que, para la época de los hechos, se encontraban vigentes y que debían ser aplicadas por la entidad demandada durante el periodo de incorporación.

En este orden, la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 del mismo año, disponen que el Ejército Nacional tiene la obligación de someter a las personas que van a ser reclutadas, a evaluaciones médicas que permitan determinar con claridad si son aptas o no para el ingreso y permanencia en el servicio y para desarrollar de manera normal y eficiente la actividad militar, con el fin de evitar posteriores pérdidas de efectivos que se pudieron prevenir a partir del primer examen.

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000⁵ en su artículo 8º, **establece la obligación** de realizar exámenes médicos y paraclínicos de capacidad psicofísica **al momento del retiro** de los miembros de las Fuerzas Militares y/o de la Policía Nacional. El examen de retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Los

⁵ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.

ii) Marco legal de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública.

El artículo 90 del Decreto 94 de 1989, estableció que el personal de oficiales, suboficiales y agentes de las fuerzas militares y de la policía nacional, que adquiera una incapacidad durante la prestación del servicio militar que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica, tendrá derecho al reconocimiento de pensión de invalidez, durante el tiempo que esta permanezca, en los montos allí señalados conforme al porcentaje de discapacidad determinado.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1796 del 2000⁶, en su artículo 38, reitera los porcentajes mínimo y máximo para liquidar la pensión de invalidez, de conformidad con el decreto 94 de 1989, y adicionando que la Junta Médico – Laboral o Tribunal – Médico Laboral de revisión Militar y de policía, son las que determinan la disminución de la capacidad laboral, al personal de la Fuerza Pública, de la siguiente manera:

ARTICULO 38. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal 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 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.

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

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

Posteriormente se expide la Ley 923 de 2004⁷, señalando en su artículo 3°, el marco pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, siendo desarrollado así:

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

(...)

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

Podrá disponerse la reubicación laboral de los miembros de la Fuerza Pública a quienes se les determine de conformidad con el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades e invalideces, una disminución de la capacidad laboral que previo concepto de los organismos médico-laborales militares y de policía así la ameriten, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar.

(...)"

La anterior normatividad, es clara en mencionar que los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, para acceder a la pensión de invalidez deben tener una disminución de la capacidad laboral superior al 50%⁸.

Con base en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 del mismo año, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, señalando en su artículo 30° 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,

⁷ 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.

⁸ Ley 923 de 2004, artículo 3°, numeral 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.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

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%).

Dicha normatividad regula la pensión de invalidez, fijando como requisito esencial para su reconocimiento, la disminución de la capacidad en un porcentaje igual o superior al 75%, sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013 declaró la nulidad del citado artículo, por ser contrario a la Ley 923 de 2004, señalando lo siguiente:

“Examinada la Ley 923 de 2004 se observa que en su artículo 3°, señaló los elementos mínimos que deben ser tenidos en cuenta para la expedición 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”, cuyo numeral 3.5. dispone:

“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...”

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

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.
(subrayado fuera del texto)

Así entonces, como lo advirtió el Consejo de Estado, es evidente que al reglamentar la Ley 923 de 2004, el ejecutivo excedió sus competencias, pues creó una norma distinta y aumentó la pérdida de capacidad laboral del 50% (prevista en la Ley 923) al 75%, como requisito para acceder a la pensión de invalidez, por lo cual debe darse aplicación es a los dispuesto en la Ley 923 de 2004⁹.

Luego se expidió el Decreto Reglamentario 1157 del 2014 vigente a partir del 24 de junio de 2014, a través del cual se consignaron los requisitos para la pensión de invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía en los siguientes términos:

“(…) 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:

(…)”.

iii) Marco legal de la pensión de invalidez en el régimen general de seguridad social integral.

El legislador expidió la Ley 100 de 1993 que contiene el régimen general de seguridad social integral aplicable a todas las personas que no se encuentren dentro

⁹ Esta interpretación se halla inserta entre otras, en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, el 16 de julio de 2013, radicación No. 25000-23-41-000-2013-00659-01(AC). M.P Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

de regímenes especiales. Frente a la pensión de invalidez, en sus artículos 38 y siguientes, señala:

“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 labora

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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:

(...)”

Frente al monto de la pensión, indica el artículo 40 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

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

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”

4. HECHOS PROBADOS.

- Según certificado expedido por la Sección de Atención del Usuario DIPER, el señor Fabián Enrique Mosquera Tique prestó su servicio militar en el Ejército Nacional desde el 10 de abril de 2007 hasta el 13 de febrero de 2009, más tres meses de alta contados desde el 14 de febrero 2009 hasta el 15 de mayo de 2009, para un total de tiempo de servicio de dos años, un mes y tres días (fl. 100)
- El señor Fabián Enrique Mosquera Tique fue incorporado como soldado regular, integrante del tercer contingente del 2007, incorporado por el Distrito Militar No. 57 y dado de alta el día 10 de abril de 2007, luego, prestó sus

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

servicios como integrante del tercer contingente del 2007, incorporado en el Distrito Militar No. 57 y desacuartelado el día 12 de marzo de 2009 (folio 111 archivo de datos denominado 0831mosquera tique rta batallón)

- Al personal de soldados regulares orgánico del tercer contingente del 2007, se le realizó por parte del dispensario del Batallón Caicedo, tercer examen médico el día 18 de mayo de 2007, en donde se observa que el accionante es calificado como **apto** (Fol. 116-118 cuaderno de oficio).
- Del Informativo Administrativo por Lesiones de fecha 03 de diciembre de 2007, suscrito por el comandante del Batallón de Infantería No. 17 Caicedo¹⁰, se extrae que el señor SLR Mosquera Tique Fabián Enrique sufrió heridas por arma de fuego bajo las circunstancias que se narran a continuación:

*“El día 17 de noviembre de 2007, siendo las 15:30 horas, aproximadamente venían de regreso de buscar la secuestrada, cuando fueron sorprendidos por la explosión de un campo minado que había sido instalado por narcoterroristas de la cuadrilla XXI de las ONT-FARC, el cual después de activarlo procedieron abrir fuego nutrido con armas de largo alcance, transcurridos diez minutos llegó apoyo por parte del Batallón, y como consecuencia de lo ocurrido resulto herido el SLR MOSQUERA TIQUE FABIAN, con esquirlas en el brazo derecho, en la cabeza, en la espalda y una en el tobillo derecho, se evacuó inminentemente al Dispensario del Batallón para que le prestaran los primeros auxilios y luego al Hospital de la Localidad.
(...)”*

- El 18 de noviembre de 2007, el SLR fue valorado por Sanidad del Ejército Nacional por las heridas sufridas el día anterior y en la hoja de evolución (fl. 126 cdo pruebas de oficio) se señala:

*18-11-07 2:45 p.m. Paciente quien refiere sentirse muy mal y triste por sus compañeros caídos en combate, ubicado en tiempo y espacio coherente control de emociones y pensamiento
Dx: Estrés agudo
Observación: evolución x medicina y psicología (sesión individual)”*

- Que el señor Mosquera Tique fue atendido el Hospital San Juan Bautista de Chaparral el día 18 de noviembre de 2007 (fl. 111 archivo de datos denominado mosquera tique h.c.), donde además se le extiende incapacidad médica por diez (10) días (fl. 123 cdo. Pruebas de oficio).

De la historia clínica se extrae:

“A. CONDICIONES AL INGRESO

EXPLOTO UNA MINA

PCTE REFIERE QUE SE ENCONTRABA EN CAMION EN LA PARTE TRASERA EN MOVIMIENTO Y ACTIVA ARTEFACTO EXPLOSIVO (MINA) OCASIONANDO TRAUMA EN CRANEO EN OIDOS Y EXTREMIDADES DISMINUCION DE AUDICION NIEGA PERDIDA DE CONOCIMIENTO

(...)

C. EXAMEN FÍSICO

CABEZA Y ORAL: CUERO CABELLUDO EDEMA MARCADO ERITEMA EN REGION OCCIPITAL (SIC) BILATERAL

OIDOS EDEMA ERITEMA MARCADO EN PABELLON AURICULAR BILATERAL

¹⁰ Folio 8

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

OTOSCOPIA DERECHA EDEMA CONDUCTO AUDITIVO MEMBRANA TIMPANICA HEMORRAGICA

OTOSCOPIA (SIC) IZQUIERDA, CONDUCTO AUDITIVO MUY CONGESTIVO MEMBRANA TIMPANICA CON LEVE HEMORRAGIA

FARINGE CONGESTIVA, CARDIO: RSCS RITMICOS SIN SOPLOS, PULMONAR: TORAX MULTIPLES LACERACIONES EN REGION POSTERIOR DE TORAX, ERITEMA ALREDEDOR.

RSRS SIN AGREGADOS, ABDOMEN: BLANDO NO DOLOROSO ALAPALPACION (SIC) RUIDOS INTESTINALES PRESENTES EXTREMIDADES: MIEMBRO SUPERIOR DERECHO MULTIPLES LACERACIONES POR ESQUIRLAS EN TODA LA CARA ANTERIOR Y POSTERIOR DE ANTEBRAZO SE EVIDENCIA EDEMA DE TEJIDOS BLANDOS NO DEFORMIDAD

DX

1. TRAUMAS MULTIPLES EN CARA OIDO ANTEBRAZO DERECHO Y TORAZ POR EXPLOSION DE ARTEFACTO EXPLOSIVO

2. TRAUMA ACUSTICO

3. HEMORRAGIA MEMBRANA TIMPANICA AUNN SIN PERFORACION

(...)"

- El señor Mosquera Tique fue valorado por la especialidad de psiquiatría el día 8 de octubre de 2008 en la Clínica Santo Tomas donde estuvo hospitalizado hasta el 22 de octubre de 2008 (fl. 111 archivo de datos denominado mosquera tique h.c.) se extrae de la historia clínica (se transcribe con errores):

"MOTIVO DE CONSULTA: "ME ENTRAN COSAS MUY RARAS EN LA CABEZA AVECES COMO DE MATAR"

ENFERMEDAD ACTUAL: Paciente con cuadro clínico de 10 meses de evolución posterior a caer en campo minado el 17 de noviembre de 2008 hospitalizado durante 20 días en hospital de Chaparral con posterior cuadro fluctuante de un día a otro de alteración de patrón de sueño con insomnio de conciliación, irritabilidad, ideas de muerte, de suicidio no estructuradas, reviviscencias, conductas evitativas de ver televisión y noticieros, pensamientos intrusivos de combate donde fallecieron 7 compañeros, hetero agresividad únicamente a la familia" yo no sé porque solo con mi familia las veo como extrañas", hiporexia, pérdida de peso de 8% en 4 meses por lo cual consulta, niega alteraciones de la sensopercepción, remitido posterior a madre solicitar valoración por psiquiatría.

Nota de remisión de Chaparral refiere estado clínico de 10 meses consistente en alucinaciones visuales auditivas ocasionalmente agitación, pensamientos e ideas incoherentes, posterior a combate en zona rural, insomnio agresividad con familia e ideas de muerte con diagnósticos de esquizofrenia paranoide y trastorno de estrés postraumático. P

(...)

IMPRESIÓN DIAGNOSTICA

EJE I F431 TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO

(...)

CONCEPTO:

Paciente quien ingreso por presentar cuadro de tristeza, reviviscencias ansiedad y pesadillas que evoluciona favorablemente. No se observaron síntomas psicóticos durante la presente hospitalización, se manejó con antidepresivos con evolución favorable. Se deja diagnóstico de trastorno de stress postraumático y se recomendando definir situación militar por junta medica laboral.

PLAN DE TRATAMIENTO EGRESO

Sertralina x 100 mg tab 1-0-0, se recomienda definir situación militar.

(...)"

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

- El día 6 de enero de 2009, se practicó examen médico de evaluación al personal de soldados regulares orgánico del 3-C-2007, en donde al accionante se le califica como **apto** (Fol. 132-134 cuaderno de oficio).
- A través de Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 1595 del 31 de agosto de 2011, el señor Fabián Enrique Mosquera Tique fue desacuartelado del servicio, con reconocimiento de tres meses de alta por tiempo de servicio militar cumplido (Fol.101-102).
- Mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 443582 de fecha 8 de junio de 2011 (Fol. 6), efectuada al señor Mosquera Tique Fabián Enrique, se estableció una disminución de capacidad laboral del 21.7%, con base en las siguientes consideraciones:

“(…)

B. Antecedentes del Informativo

INFORMATIVO ADMINISTRATIVO NR. 44 DE FECHA DICIEMBRE 3 DE 2007 ADELANTADO POR BICAI NOTA: EL PACIENTE TIENE CONOCIMIENTO DEL INFORMATIVO ADMINISTRATIVO POR LESIONES ELABORADO POR LA UNIDAD.

B. Clasificación de las lesiones o afectaciones 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 VEINTIUNO PUNTO SIETE POR CIENTO (21.7%)”.

D. Imputabilidad del servicio

LESIÓN-1 OCURRIÓ EN SERVICIO POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO, EN EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO, O CONFLICTO INTERNACIONAL LITERAL (C)(AT) DE ACUERDO A INFORMATIVO No. 44/2007, CONCLUSIÓN 2-“

- Mediante Resolución No. 132925 adiada 23 de marzo de 2012, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional reconoció al señor Fabián Enrique Mosquera Tique la suma de \$11.468.303 por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral (fl. 10)
- Que mediante oficio radicado el 26 de marzo de 2014, el actor a través de apoderado solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y reajuste de la indemnización (fls. 3-5).
- Que a través de Resolución 5550 del 06 de noviembre de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional -Secretaría General, denegó el reconocimiento y pago de una suma por concepto de pensión de invalidez a favor del señor Fabián Enrique Mosquera Tique, petición que se elevara en el año 2014, como se indica en el texto del acto administrativo (expediente administrativo Fol. 111. Archivo formato pdf. 5550 mosquera tique fabian ministerio).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

- La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, emitió “Dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez” de fecha 28 de mayo de 2013, en donde se estableció que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral equivalente al 98.2% con fecha de estructuración 17 de noviembre de 2007 (fol. 29-34 cdo. Pruebas de oficio), así:

“INFORME DE PONENCIA

FABIÁN ENRIQUE MOSQUERA TIQUE: EL DOCTOR LUIS ERNEYDER ARÉVALO RADICA SOLICITUD DE CALIFICACIÓN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL A NOMBRE DEL SEÑOR FABIAN ENRIQUE MOSQUERA TIQUE EL DÍA 24 DE MAYO DE 2013. Con antecedentes de politraumatismo y heridas múltiples por estallido de artefacto explosivo, el 17/11/2007, ORL 26/09/2012: Secuelas auditivas por explosión de mina con hipoacusia mixta de moderada a severa bilateral, esquiras en cuello cabelludo, acufenos. ORTOPEDIA: 12/03/2013. Lesión ligamentaria a nivel del cuello de pie derecho de origen traumático, lesiones ligamentaria que producen alteración en la función y biomecánica del pie derecho alterando el patrón de marcha de manera importante, PSIQUIATRÍA: Trastorno por estrés postraumático severo. Trastorno depresivo – ansioso severo. EN EL EXAMEN FÍSICO ENCONTRAMOS: Orientado en las tres esferas. Introspectivo, ansioso, quejumbroso, negativo, deprimido. Cicatrices en cuero cabelludo, dorso, brazo derecho, pierna derecha. Dolor en región del segmento de la columna lumbar a su palpación con limitación de arcos en movimientos. Dolor a la palpación del pie derecho que limita arcos de movimientos extremos. CALIFICACIÓN: hipoacusia mixta bilateral severa, numeral 6-036, literal b, índice 19 total 95%, Depresión severa, numeral 3-040, literal b, Índice: 14,52% Afeciones de columna lumbar, numeral 1-061 literal b índice 5:13%. Afeciones con alteraciones de la función de art tobillo numeral 1-205 literal a-2 índice 4: 11.50%. Total PCL: 98.2%. Se toma como fecha de estructuración el 17/11/2007, fecha del accidente y politraumatismo.”

- La Junta de Calificación de Invalidez del Meta, para realizar el dictamen se basó en las historias clínicas aportadas por la parte actora, las cuales se resumen así:
 - Tamizaje auditivo realizado al señor Fabián Enrique Mosquera Tique, por la profesional Fonoaudióloga Diana Constanza Cumaco Moreno, cuyo resultado fue: “respuestas inconscientes en vías aéreas y óseas – sugieren hipoacusia mixta bilateral severa” (Fol 12 C. pruebas de oficio).
 - Atención realizada por el médico psiquiatra Oswaldo Matta Santacruz, de fecha 26 de julio de 2012, siendo diagnosticado (fol. 13-14 C. pruebas de oficio):
 1. trastorno por stress post- traumático severo.
 2. trastorno depresivo – ansioso severo
 - Certificado médico de fecha 12 de marzo de 2013, por parte del médico ortopedista y traumatólogo, Diego Alfred Roza García, siendo diagnosticado el actor con “lesión ligamentaria a nivel del cuello del pie derecho y del pie derecho de origen traumático, lesiones liga mentarías que producen alteración en la función y biomecánica del pie derecho al patrón de marcha en forma importante.” (Fol. 15 C. pruebas de oficio)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

- Historia clínica del centro médico IDIME, de fecha 13 de noviembre de 2012, a través del cual el médico Oscar Humberto Durán Macías, médico radiólogo, señala como opinión: *“DEFORMIDAD EN GARRA DEL QUINTO DEDO, ESTUDIO SUGESTIVO DE TENDENCIA AL RETROPIÉ VARO, CON HORIZONTALIZACIÓN DEL ARCO ÓSEO PLANTAR Y PES PLANUS LAXUS ASOCIADO”, “” RX DE CUELLO DE PIE SIN EVIDENCIA DE ALTERACIONES, EL PRESENTE ESTUDIO NO CONFIRMA NI DESCARTA LA EXISTENCIA DE LESIÓN SINOVAL, LIGAMENTARIA.”* (Fol. 16-19 C. de pruebas de oficio).
- Concepto de otorrinolaringología de fecha 26 de septiembre de 2012, realizada al demandante, el cual fue diagnosticado con *“secuelas auditivas por explosión de mina con hipoacusia mixta de moderada a severa bilaterales esquirlas en cuerpo cabelludo y acufenos”* (Fol. 20 C. de pruebas de oficio).
- Certificado de resultado de impedanciometría, realizado al actor el 25 de agosto de 2012, a través del cual arroja *“TIPANGRAMAS TIPO AD, COMPLIANZA ELEVADA, PRESIÓN Y VOLUMEN NORMALES, SUGESTIVO DE AUMENTO EN LA MOVILIDAD DE OÍDO MEDIO, REFLEJOS ACÚSTICOS IL Y CL AUSENTES, MORFOLOGÍA, ALTERADA. CONTROL CON MÉDICO TRATANTE”* (Fol. 21-26 C. de pruebas de oficio).
- En la audiencia de pruebas se surtió la contradicción del dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta y que fuera aportado por la parte demandante, siendo sustentado por el Dr. Wilson Contreras Pinto quien fuera ponente del mismo.

Dicho dictamen fue objetado por error grave por la parte demandada, durante la audiencia inicial del 7 de noviembre de 2018.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De las pruebas practicadas, lo primero que se destaca es que se encuentra acreditado que el señor Fabián Enrique Mosquera estuvo vinculado con el Ejército Nacional en calidad de Soldado Bachiller desde el 10 de abril de 2007, es decir, que prestó sus servicios por un término de dos (02) años, un mes (01) y tres (3) días ¹¹.

De acuerdo con el Acta de Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, la disminución de la capacidad laboral del señor Mosquera Tique fue como consecuencia de una lesión ocurrida en el servicio el día 17 de noviembre de 2007, por esta razón, para el presente asunto, es aplicable al actor la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004, norma última que se encontraba vigente para esa época y que como se señaló de forma precedente, contemplaba que, para ser beneficiario de la pensión de invalidez la pérdida de capacidad laboral debía ser igual o superior al 75%.

No obstante lo anterior, como el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, la situación del demandante, debe ser resuelta conforme las normas establecidas por el Decreto 1796 de 2000 como quiera que continúo vigente hasta la expedición del Decreto 1157 de 2014.

A efectos de corroborar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez en los términos del Decreto 1996 de 2000, se encuentra demostrado que el 28 de mayo de 2013, la Junta Regional de Calificación del Meta

¹¹ Según constancia expedida el 05 de abril de 2018, por la Dirección de Personal del Ejército Nacional obrante a folio 100 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

valoró al señor Fabián Enrique Mosquera, y diagnosticó un grado de incapacidad laboral equivalente a 98.2%.

Ahora bien, debe mencionarse que si bien la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta profirió dictamen transcurrido tiempo después de la ocurrencia del accidente que le generó la disminución de la capacidad laboral al actor, y que esta dista considerablemente de la calificación emitida por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional, esto se debe a que como es apenas natural, en tratándose de una secuelas de carácter síquico y físico que afecta la capacidad laboral y disminuye su calidad de vida, no puede esperarse que ésta se mantenga intacta con el paso del tiempo; es más, el deterioro evidenciado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, es apenas una consecuencia de la patología mental sufrida durante el tiempo que prestó sus servicios al Ejército Nacional, sin embargo debe tenerse en cuenta que el Ejército Nacional no convocó a la Junta Médica Laboral en el año 2008, como lo sugirió el médico psiquiatra tratante para octubre de ese año ((fl. 111 archivo de datos denominado mosquera tique h.c.)), sino que tan solo la realizó en el año 2011, pero sin tener en cuenta muchos aspectos de su estado de salud mental y enfocándose más bien en su salud física, como lo señaló el Dr. Wilson Contreras Pinto al sustentar su dictamen en la audiencia de pruebas.

Respecto a la objeción por error grave, advierte el Despacho que no es de recibo el argumento de la parte accionada para objetar el dictamen pericial, apelando a una supuesta falta de rigor científico, pues tal como lo señaló el H. Consejo de Estado, en un caso similar, donde se oponía también un dictamen de junta regional de calificación de invalidez a otro elaborado previamente por junta médico laboral del Ejército Nacional: “... *debe tenerse en cuenta, tal como lo ha dicho esta Corporación¹², 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), debe darse prelación al dictamen que emitan los expertos 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.*”¹³

Dicho lo anterior, en verdad se concluye que no se demostró el error grave del dictamen rendido por los profesionales de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, que interdisciplinariamente evaluaron al demandante en el año 2013, por lo que no encuentra prosperidad la objeción al dictamen planteada, que en consecuencia será tenido en cuenta para concluir que la pérdida de capacidad laboral del accionante sí es del 98.2% y no del 21.7%.

Así las cosas, para el Despacho es claro que la disminución de la capacidad laboral del actor, al ser superior al 50%, lo que determina que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, como quiera que además, la misma se deriva de hechos ocurridos durante su servicio militar obligatorio y se estructuró a partir del 17 de noviembre de 2007, como lo señaló la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta.

Luego entonces, el despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto de la no respuesta a la petición de reconocimiento pensional a la que tiene derecho el demandante, y en consecuencia, se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de invalidez a favor del señor

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 6 de julio de 2011, Expediente No. 68001-23-15-000-1998-01035-01(0839-08), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³ Consejo de Estado, sentencia del 6 de febrero de 2020, Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04200-01(2162-12), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

Fabian Enrique Mosquera Tique, en un porcentaje del 95% conforme lo dispuesto en el literal c) del artículo 38 del Decreto 1796 de 2000 que establece:

“ARTICULO 38. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal 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:

(...)

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%).

Por último, se precisa que habrá lugar a ordenar la devolución de lo que reconoció y pagó el Ejército Nacional por concepto de indemnización ante la pérdida de la capacidad psicofísica, teniendo en cuenta que existe incompatibilidad entre estos haberes y la prestación que aquí se reconoce, toda vez que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, la pensión por invalidez y la indemnización por ese mismo motivo tienen una misma causa, lo que implica en la práctica que su reconocimiento simultáneo constituya una doble compensación, lo cual se encuentra prohibido en la normatividad colombiana.

Teniendo en cuenta que se accederá a la pretensión principal, por sustracción de materia el Despacho se abstiene de estudiar la pretensión subsidiaria incoada por la parte actora.

Indemnización de perjuicios

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de la suma equivalente a 100 SMLMV a título de reparación de perjuicios causados.

En lo que atañe al reconocimiento de perjuicios en uso del medio de control y restablecimiento, aunque es una pretensión procedente al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 138 del C.P.A.C.A., no significa que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleve simultánea y automáticamente la reparación del daño material o moral alegado, pues, para ello, corresponde al juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia y las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como presupuesto para estudiar la viabilidad de indemnizar el daño solicitado¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede mencionar el despacho que la parte demandante se limitó en el transcurso del proceso a elevar la súplica indemnizatoria, sin siquiera invocar con precisión el daño específico o la modalidad de la afectación cuya reparación pretende, y mucho menos desplegó actividad probatoria a efectos de demostrar la causación del menoscabo alegado y su conexión con el acto administrativo ficto acusado, aspectos que conducen a negar la pretensión bajo estudio, pues no se pueden indemnizar daños hipotéticos o inciertos.

¹⁴ Sección Segunda, sentencia del 27 de septiembre de 2012, radicación No. 41001-23-31-000-2004-01614-01(6538-05). M.P Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

6. DE LA PRESCRIPCIÓN

Al resultar prosperas las pretensiones de la demanda, relativas al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, se debe dar aplicabilidad a lo contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que prevé la prescripción extintiva del derecho de tres (3) años contabilizados desde la fecha en que se hizo exigible.

Tenemos que la reclamación de reconocimiento liquidación y pago de la pensión de invalidez, se hizo ante la entidad el día 26 de marzo de 2014 (fl 3), motivo por el cual el fenómeno jurídico de la prescripción opera frente a las mesadas pensionales que fueron causados antes del **26 de marzo de 2011**.

7. CONCLUSIÓN JURÍDICA

En síntesis, se declarará la nulidad del acto administrativo ficto por la no contestación a la petición elevada por el actor el 26 de marzo de 2014, a través del cual la Nación – Ministerio de Defensa, denegó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor Fabian Enrique Mosquera Tique y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague la citada prestación a favor del demandante en cuantía equivalente al 95% de las partidas computables conforme lo indica el Decreto 1796 de 2000, a partir del 15 de mayo de 2009 fecha de retiro del servicio militar, pero las mesadas pensionales aquí reconocidas serán pagadas por la entidad a partir del **26 de marzo de 2011**, por la prescripción declarada.

La entidad descontará del retroactivo que resulte a favor del accionante, la suma que por concepto de indemnización por pérdida de capacidad laboral se haya reconocido y efectivamente pagado a su favor.

Las sumas que resulten a favor del accionante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se pagará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional no prescrita, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellos.

8. CONDENA EN COSTAS

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que han prosperado, pero de forma parcial las pretensiones de la demanda, pues el Despacho declaró en audiencia inicial probada la caducidad de la pretensión sobre reajuste de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, y denegó la pretensión de indemnización de perjuicios.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : Fabián Enrique Mosquera Tique
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00227-00

Lo anterior de conformidad con el artículo 365 numeral 5º del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo, producto de la no respuesta de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, a la petición de reconocimiento y pago pensional radicada el 26 de marzo de 2014, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo, producto de la ausencia de respuesta de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a la petición radicada por el demandante el 26 de marzo de 2014, en consonancia con lo expuesto en parte motiva.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer, liquidar y pagar al señor Fabián Enrique Mosquera Tique, una pensión de invalidez, equivalente al 95% de los haberes devengados, en concordancia con los razonamientos expuestos en parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLARAR oficiosamente probada la excepción de prescripción con relación a las mesadas pensionales causadas antes del **24 de marzo de 2011**.

QUINTO: De las sumas reconocidas en esta sentencia deberá descontarse debidamente indexado, lo pagado como indemnización por pérdida de capacidad laboral, en los términos esbozados en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: Los valores resultantes a favor del demandante, se deberán actualizar, con base en la fórmula que se señaló en parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Sin costas.

NOVENO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

UNDÉCIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL

Jueza