

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN No. 2**

Tunja, 13 de mayo de 2020

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **DIÓGENES CASTRO SÁNCHEZ**  
Demandado: **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**  
Expediente : **15001-23-33-000-2014-00450-00**

<b>Tema:</b> Reconocimiento pensión de invalidez – aplicación retrospectiva de la ley 924 de 2003 a hechos ocurridos en el año 1981
---

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causal de nulidad, conforme a los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El señor Diógenes Castro Sánchez por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

**1. Pretensiones:**

- a. Que se declare la nulidad del Oficio No OF113-38573 MDNSGDAGPSAP de fecha 30 de agosto de 2013 por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional denegó al demandante el reconocimiento de su pensión de invalidez en los términos del artículo 4 del Decreto 2728 de 1968.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

b. A título de restablecimiento del derecho solicitó reconocer al demandante su pensión de invalidez a partir del día en que entró a regir la Ley 100 de 1993, pagando las mesadas pensionales dejadas de percibir de manera indexada, desde dicha fecha hasta el momento en que sea incluido en nómina; que la condena se cumpla en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A y que se condene en costas a la demandada.

## **2. Fundamentos fácticos**

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó:

- El demandante prestó sus servicios como soldado al Ejército Nacional desde el día 15 de abril de 1980 hasta el día 1 de octubre de 1983.
- El día 4 de diciembre de 1981 el demandante fue herido por arma de fuego, siendo reconocido por el comandante del Batallón Bolívar en decisión del 18 de mayo de 1982 que las lesiones sufridas por Diógenes Castro Sánchez lo fueron en servicio y por causa o razón del mismo.
- La Junta Médico Laboral Militar en acta No 0395 de 1983 determinó incapacidad relativa y permanente con una disminución de la capacidad laboral de 44.05%, porcentaje que fue confirmado por el Consejo Técnico Médico Militar en acta No 0442 de 1983.
- Por lo anterior, mediante Resolución No 2295 del 12 de abril de 1984, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció al demandante la suma de \$ 348.320 por concepto de indemnización por disminución de la capacidad sicofísica.
- Las lesiones sufridas por el demandante fueron agravándose sin obtener cura para su herida, lo que le impidió caminar sin la ayuda de muletas.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

-Posteriormente, en el Hospital de Bosa E.S.E y en el de Engativá le fue diagnosticada osteomielitis crónica.

- El señor Castro Sánchez solicitó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca valoración de incapacidad y origen de la misma, la cual determinó una disminución de la capacidad laboral del 58.10% originada en accidente de trabajo consistente en la herida con arma de fuego sufrida el 4 de diciembre de 1981.

- En consecuencia, el demandante solicitó ante el Ministerio de Defensa el reconocimiento de su pensión de invalidez, la cual le fue negada en el acto administrativo demandado, señalando que el Decreto 4433 de 2004 establece que para el reconocimiento de la prestación solicitada se requiere una pérdida de capacidad laboral superior al 75%.

### **3. Fundamentos jurídicos de las pretensiones**

Plasmó el apoderado demandante la importancia de la seguridad social como derecho fundamental unido a la satisfacción real de los derechos humanos, siendo la pensión por invalidez aquella que busca evitar los efectos negativos de la falta de recursos económicos para cubrir las necesidades básicas, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral al haber perdido una parte significativa de sus capacidades.

Es concordante con lo anterior la normatividad constitucional que ordena trato preferencial, para las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, siendo el estado de invalidez ejemplo de ello.

El respeto por la seguridad social como derecho fundamental y la protección a las personas en debilidad manifiesta debe verse reflejado en la aplicación e interpretación

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

de las normas sobre régimen pensional. En tal sentido, ilustró la parte las normas aplicables al régimen de pensión de invalidez de la fuerza pública indicando que el Decreto 2728 de 1968, 094 de 1989 y 1796 de 2000 preceptuaron que para conceder la pensión de invalidez, se debe acreditar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%.

Posteriormente, la Ley marco 923 de 2004 reglamentada mediante Decreto 4433 de 2004 estableció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral para acceder a la pensión de invalidez, no podía ser inferior al 50%, ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, siendo aplicable tal normativa para los hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 150 constitucional, el legislativo expidió la Ley marco 923 de 2004, en la que señaló, que el gobierno nacional, al fijar el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, en específico al fijar los requisitos para reconocerla y el monto de la pensión de invalidez, debe sujetarse al criterio según el cual no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al 50%.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 estableció el porcentaje de pérdida de capacidad en 50% para considerar o tener a una persona como inválida.

De lo anterior se infiere que el sistema general de seguridad social concede la pensión de invalidez con el 50% de pérdida de capacidad laboral, en tanto el régimen especial de la fuerza pública, con el 75%, salvo eventos ocurridos en combate con posterioridad al 7 de agosto de 2002.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Indicó al respecto el apoderado demandante que el Consejo de Estado ha señalado que pese a que constitucionalmente los miembros de la fuerza pública ostentan un régimen prestacional especial, concordante con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, resulta procedente la aplicación del régimen general contenido en esta última a los servidores de la fuerza pública, en tanto este resulta más favorable para ellos, ya que para el reconocimiento de la pensión de invalidez exige que la disminución de la capacidad laboral corresponda al 50% o más, mientras que en el régimen especial se requiere que como mínimo dicha pérdida sea del 75%.

Lo anterior teniendo en cuenta que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir que sean superiores a los del régimen común, porque si estos llegan a ser inferiores sin existir causa válida para el tratamiento preferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, de donde se colige que cualquiera que sea el origen de la pérdida de capacidad laboral sufrida por el integrante de la fuerza pública, cuando esta supera el 50% tiene derecho a que se le reconozca su pensión de invalidez.

En conclusión, si la lesión que significó la pérdida de capacidad laboral fue en ejecución de un acto propio del servicio se aplica el Decreto 4433 de 2004 (50%) y si es de origen común, se aplicará la Ley 100 de 1993 (50%).

Ahora bien, como la pérdida de capacidad laboral del demandante se presentó en hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de las normas anteriormente mencionadas cuando aún se exigía el 75% de pérdida de capacidad laboral, solicita se aplique retrospectivamente las normas favorables, en atención a que la Corte Constitucional señaló que la misma resulta viable en aplicación del principio de favorabilidad, ya que la retrospectividad en materia laboral cabe para normas

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

favorables al trabajador y no para normas restrictivas, siendo viable resolver situaciones anteriores con disposiciones que en materia laboral favorecen al empleado o ex empleado. En otras palabras, si bien, las leyes no tienen carácter retroactivo, si tienen efectos retrospectivos, con lo cual se permite que situaciones anteriores puedan resolverse con disposiciones laborales que favorecen al empleado o ex funcionario o a sus familias beneficiarias.

Concluye entonces que para el caso del demandante se debe aplicar la norma posterior más favorable para el reconocimiento de su pensión de invalidez, esto es, las de la Ley 100 de 1993 porque la lesión tuvo su origen en accidente de trabajo.

## **I. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue instaurada el 18 de marzo de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien mediante proveído del 3 de julio de 2014 remitió el asunto por competencia a esta Corporación<sup>1</sup>.

Este Tribunal, previo a admitir la demanda, el 10 de septiembre de 2014 ordenó al Ministerio de Defensa certificar con exactitud el último lugar de prestación del servicio del demandante sin obtener respuesta alguna, por lo que el 5 de mayo de 2015 se da curso a trámite incidental sancionatorio a fin de obtener la referida información.

El 9 de julio de 2015<sup>2</sup> se admitió la demanda que fue notificada al Ministerio de Defensa Nacional, quien procedió a contestarla en los siguientes términos.

---

<sup>1</sup> Ver folio 73 del expediente.

<sup>2</sup> Ver folios 94 y 95 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

## **1. Contestación de la demanda<sup>3</sup>**

Se opone a la prosperidad de las pretensiones en tanto el demandante no cuenta con acta de Junta Médico Laboral competente respecto de las Fuerzas Militares que certifique su pérdida de capacidad laboral en porcentaje igual o superior al 75%, ocurrida en servicio activo, conforme al Decreto 4433 de 2004. No obstante, el demandante solo acreditó un 44.5% de pérdida de capacidad laboral por lo que no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez.

Indicó que las decisiones médico laborales contenidas en el acta de junta médico laboral y Tribunal Médico Militar, así como el contenido del documento público aquí demandado se ajustan a la ley, en cuanto definen la capacidad sicofísica del demandante teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de la capacidad laboral sufrida por el acto, que le dio derecho a una indemnización por disminución de su capacidad laboral.

Adujo que la entidad demandada cumplió con el procedimiento administrativo para el reconocimiento y liquidación de prestaciones por lesiones del personal amparado por el Decreto Ley 4433 de 2004, porque se le prestó al demandante la asistencia médica, hospitalaria y quirúrgica necesaria para restablecer su salud, se realizó el informe administrativo por lesiones y se convocó a acta de junta médica para determinar la disminución de su capacidad laboral e incapacidad total otorgada al demandante, no se encuentra dentro de los parámetros establecidos por el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, el cual establecía que debía adquirirse una incapacidad permanente parcial o superior al 50% e inferior al 75% ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento

---

<sup>3</sup> Ver folios 107 a 113 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio para que tuviera derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez.

Objetó la demandada el dictamen proferido por la Junta Médica Regional de Invalidez de Bogotá, en consideración a que el demandante perteneció a un régimen especial y en este orden la Junta Médico Laboral válida es la que emite las Fuerzas Militares. En consecuencia, no se puede pretender que una persona perteneciente a un régimen especial como es el de las Fuerzas Militares, donde tiene establecido legalmente un sistema propio de evaluación médico laboral, sin haber agotado totalmente el sistema, pueda ir a otro sistema a obtener una valoración médica, en la cual quien la expide no es técnico experto en la normatividad militar.

Al efecto, las fuerzas militares se rigen por una normatividad especial que determina la capacidad psicofísica, incapacidad, invalidez e indemnización del personal a su servicio, normas dispuestas en los Decreto 94 de 1989 y 1796 de 2000, por lo tanto esas son las disposiciones que deben aplicarse y no las generales.

Señaló además que el Consejo de Estado ha precisado en abundante jurisprudencia, que para el reconocimiento de la pensión de invalidez de los miembros de las fuerzas militares debe observarse la normatividad especial que regula la materia, la que exige para tener derecho a dicho reconocimiento una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

En consecuencia no es de recibo la petición del demandante al señalar que debe aplicarse a la Ley 100 de 1993, porque las fuerzas militares tienen norma especial que regula la pensión de invalidez, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluye del



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

sistema integral de seguridad social a los miembros de las fuerzas militares, y la ley laboral es inescindible.

En caso de prosperidad de las pretensiones adujo que debe decretarse la prescripción cuatrienal de las mesadas.

## **2. Audiencia inicial**

El día 27 de abril de 2016 se realizó audiencia inicial, en la que el Despacho surtió las etapas de saneamiento del proceso, advirtió la inexistencia de excepciones previas que resolver salvo la de prescripción de mesadas que se resuelve en la sentencia, fijó el litigio y decretó las pruebas que encontró necesarias.

## **3. Audiencia de pruebas**

Durante los días 7 de octubre y 20 de noviembre de 2019 se realizó audiencia de pruebas, incorporando las documentales aportadas por las partes y las decretadas en audiencia inicial, y surtiendo la contradicción de los dictámenes periciales decretados como pruebas dentro del proceso.

No habiendo más pruebas que recaudar, se decidió correr traslado para alegar de conclusión, habiendo presentado escrito la parte demandante y el Ministerio Público.

## **4. Alegatos de Conclusión**

### **4.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Señaló que el Tribunal Médico Laboral de la entidad demandada no llevó a cabo su dictamen bajo criterios objetivos, científicos y claros como lo ordena el Decreto 1796 de 2000 y el Decreto 094 de 1989.

De otra parte la demandada no cumplió con su obligación de realizar junta médico laboral al retiro del servicio, entendiendo que el demandante debió salir de la institución en las mismas condiciones en que ingresó. No obstante si las lesiones superan el 50% de pérdida de capacidad laboral surge para la demandada la obligación de pensionar por invalidez al afectado.

En el año 2013 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, atendiendo a los parámetros del Decreto 094 de 1989, le conceptuó al demandante una pérdida de capacidad laboral del 58,10%, dictamen que fue proferido luego de un estudio serio, objetivo, claro sobre la salud del demandante, teniendo en cuenta que las secuelas de las lesiones que sufrió el mismo, y que con el tiempo empeoraron generando osteomielitis crónica, situación que no fue tomada en cuenta por el Tribunal Médico de la entidad demandada.

Llama la atención en el hecho de que la demandada no garantizó al actor su derecho a la salud durante más de 20 años sin darle tratamiento continuo y oportuno como lo ordena la jurisprudencia, situación que hizo que empeorara y sus lesiones se hubiesen agravado.

Aunado a lo anterior afirma que las lesiones le dejaron problemas psicológicos profundos que no fueron valorados por la junta médica de las fuerzas militares. Concluye entonces que la ausencia de un tratamiento médico por parte de la demandada fue determinante en el hecho de que las lesiones y dolor se agravaran en el demandante además de generar perjuicio psicológico.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Añadió que la osteomielitis crónica es producto de una mala intervención quirúrgica, de cuidados postoperatorios no adecuados, del no tratamiento oportuno y eficaz para erradicar la infección que empeora con el paso del tiempo, hecho del que dio cuenta la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

De otra parte, señaló que el dictamen rendido por el Tribunal Médico de las Fuerzas Militares debe ser desestimado por las calidades del perito que lo sustentó en la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA, en tanto se estableció su falta de idoneidad, experiencia, conocimiento. Por su parte el dictamen demuestra poca credibilidad ante la falta de idoneidad, pericia, y alta experiencia demostrada en el área de ortopedia. Además, porque aún cuando el Decreto 094 de 1989 autoriza al Tribunal Médico Laboral Militar a practicar nuevos exámenes psicofísicos, no tuvo en cuenta los documentos que daban cuenta de los perjuicios psicológicos sufridos por el demandante ni ordenó la práctica de nuevas pruebas para determinar las secuelas definitivas dejadas por la lesión.

Señaló que la Junta Regional de Calificación de Invalidez De Bogotá y Cundinamarca si era competente para realizar dictamen al actor y por ende pide sea tenido en cuenta para acceder a las pretensiones de la demanda.

#### **4.2. Alegatos de conclusión presentados por el Ministerio Público**

Luego de realizar un recuento sobre los antecedentes de este proceso, señaló que el problema jurídico a resolver es determinar si el señor Diógenes Castro Sánchez tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez en los términos de la Ley 100 de 1993, conforme lo alega la parte actora, o si, por el contrario, se deben

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

negar las pretensiones de la demanda dado que la incapacidad que sufre el demandante no es superior al 50% tal y como lo exige el Decreto 4433 de 2004.

Procedió entonces a realizar el estudio normativo sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez a los integrantes de la fuerza pública indicando que el Decreto 1836 de 1979 establecía como requisito para acceder a la pensión de invalidez, una pérdida de capacidad laboral del 75%, lo cual fue ratificado por el Decreto 0094 de 1989, siendo las únicas autoridades competentes para determinar dicha pérdida la Junta Médico Laboral Militar y de Policía y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Posteriormente el Congreso expidió la Ley 923 de 2004 que estableció como requisito para ser beneficiario de la pensión de invalidez, la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje no inferior al 50%. Luego, el Decreto 4433 de 2004, retomó el 75%, pero dicha disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, de donde se infiere que en la actualidad se encuentra vigente lo preceptuado por la mencionada Ley 923 de 2004.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 preceptuó que 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, excluyendo de su aplicación a los miembros de las fuerzas militares.

Luego de referenciar la normatividad, hizo alusión el Ministerio Público a las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, los dos dictámenes periciales, afirmando que en materia laboral se tiene establecido el principio protector respecto de la parte más vulnerable de la relación que es el trabajador, siendo aplicable el principio de favorabilidad cuando se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

al momento de resolver un asunto concreto, debiendo escogerse en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social.

El principio de igualdad se desconoce cuando el régimen especial establece un trato diferenciado que conlleva una evidente desmejora de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a los afiliados del régimen general, pues la creación del régimen especial lo que busca es proteger de manera especial a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, por lo que este no puede ser menos beneficioso que el de la mayoría de la población. Trajo a colación jurisprudencia en tal sentido.

Indicó la agencia que conforme con lo dicho, se tiene que *“en el caso concreto se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y a lo que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de regímenes especiales de seguridad social cuando estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993. En efecto, la disposición contenida en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 es más favorable al caso del demandante, pues se trata de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por las lesiones sufridas por el ex soldado Castro Sánchez Diógenes, ocasionadas con proyectil de arma de fuego que le produjo parálisis del nervio ciático, acortamiento de 3 centímetros en miembro inferior izquierdo, todo lo cual le produjo una disminución de la capacidad laboral que en el régimen general le permitiría acceder a una pensión de invalidez.”*

Adujo además que en lo que refiere a la aplicación de la Ley 100 de 1993 a un suceso de 1981, la doctrina de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, particularmente en el tema del reconocimiento de los derechos relacionados con la seguridad social ha afirmado para el caso de la pensión de sobrevivientes:

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

(...)

Por lo anterior, si bien, en principio, la aplicación retrospectiva de la normatividad que consagra el instituto de la pensión de sobrevivientes no resultaría aplicable a la luz de una interpretación que, como se dijo con anterioridad, es razonable, por tratarse de una situación que podría ser interpretada como consolidada jurídicamente con la muerte del afiliado; es necesario entender que dicha situación no ha encontrado una resolución definitiva y, por ello, es posible entrar a dar aplicación retrospectiva de la Carta Política actual con el objetivo de que sea posible hacer frente a los efectos inconstitucionales que tienen lugar en la actualidad como producto de la falta de determinación jurídica de dicha situación.

De ahí que tras un estudio de las consecuencias jurídicas que se derivan del no reconocimiento del derecho pensional reclamado, se tiene que, a la luz de la concepción actual de los principios de dignidad humana, justicia material, solidaridad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y los fines esenciales del Estado, así como de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, resulta necesario concluir que nos enfrentamos a un evidente déficit de protección que requiere de la inmediata intervención del Estado y justifica que se entienda como no consolidada la situación jurídica de estas personas, de forma que quienes constituyen este especial sector de la población puedan ser sujetos de la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual y, así, se permita el surgimiento de este derecho pensional en cabeza del núcleo familiar.”

Concluye entonces el Ministerio Público que el demandante cumple con los requisitos para ser acreedor de la pensión de invalidez por contar con pérdida de capacidad laboral que supera el 50%, conforme con el dictamen No 6.769.635 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca, el cual determinó el 58.10%. Lo anterior, en aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, en el sentido de que al caso debe aplicarse el régimen de seguridad social de la pensión de invalidez consagrado en la Ley 100 de 1993, pues no resulta razonable ni equitativo la aplicación del régimen especial que le es desfavorable.

En lo tocante a si la Junta Regional de Calificación de Invalidez tiene competencia para realizar dictámenes que determinen el origen de las lesiones y el porcentaje de incapacidad, motivo que adujo la demandada para objetar el dictamen realizado por dicha Junta, señaló la agencia que el Decreto 1352 de 2013 preceptuó que la pérdida de capacidad laboral de los miembros de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

serían realizados por las entidades competentes, y el **trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez se surtirá, sólo después de efectuarse la calificación correspondiente en su respectivo régimen. En todo caso, la tabla de calificación que deberán utilizar las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, será la misma con la cual se calificó anteriormente al trabajador en cada uno de los regímenes de excepción.**

**Para el caso de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, las juntas actúan como peritos antes los jueces administrativos y deben calificar con los manuales y tablas de dicho régimen especial.**

En el caso bajo estudio la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que conceptuó un 58.10% de pérdida de capacidad laboral del demandante, lo hizo con posterioridad a la calificación emitida por el régimen especial de las Fuerzas Militares y según lo informado por el doctor Jorge Humberto Mejía Alfaro en la audiencia de contradicción del dictamen, se acogieron a lo establecido en el Decreto 094 de 1989 norma especial para las fuerzas militares, de donde se colige que la objeción planteada por la demandada es improcedente

Comparó el Ministerio Público los dos dictámenes aportados al proceso para concluir que:

“De lo anterior se concluye que el dictamen aportado por el demandante y que fuera controvertido dentro de la audiencia de pruebas, cumplió con las exigencias establecidas, no solo porque la Junta Médica que lo practicó tenía competencia para ello, sino porque dicho dictamen es claro, consecuente y lógico, basado en manuales aplicables al caso y la normatividad que rige la clase de patologías que padece el demandante a causa de la lesión recibida en el año de 1981. Nótese además la imparcialidad del médico de la Junta Médica que compareció a la audiencia para su fundamentación, quien se limitó a explicarlo desde el punto de vista científico, dictamen que por ello debe ser tenido en cuenta como prueba para determinar la pérdida de la capacidad laboral del demandante y, con base en ello, acceder a la pretensión de reconocimiento de la pensión de invalidez, en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Por su parte, algunas de las conclusiones del dictamen rendido por el Doctor Julio Cesar Padilla, en su calidad de integrante de la Junta Médico Militar del Ministerio de Defensa, se

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

basan en conjeturas o supuestos, como que la pérdida de la capacidad laboral especialmente por la osteomielitis pudo causarse por hechos posteriores a las lesiones que el soldado sufrió en combate, sin ofrecer elementos de juicios que indiquen tal cosa, Nótese que en la explicación o sustentación del dictamen en la audiencia de pruebas el galeno se limitó a señalar lo practicado por la Junta Médico Militar en primera y segunda instancia, sin reconocer siquiera la patología que presenta el demandante, que es el punto de disenso entre los dictámenes.

(...)

Asimismo, la experiencia y trayectoria técnica del médico que hace parte de la Junta de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, es mayor y más específica que la del médico de la Junta del Ministerio de Defensa. Este último, además de que puede tener interés en el resultado del proceso, en la medida en que es empleado del Ministerio, no es médico especialista en el área de relevancia, según lo informó en la audiencia, pues dijo ser médico general, en tanto el primero es médico especializado con una experiencia superior a los 20 años, amén de la gran cantidad de casos en los que ha rendido conceptos similares. En este contexto, algunas de las explicaciones dadas por el perito de la Junta Médico Militar no son claras, algunas de las respuestas que se dieron en la audiencia fueron evasivas en la medida en que lejos de fundamentarlas científicamente, más bien se notó la preocupación por hacer notar aspectos que darían lugar a la exoneración de la entidad demandada, comenzando por cuestionar la competencia de la Junta Regional de Calificación de Invalidez para determinar la pérdida de la capacidad laboral del demandante, incluso su supuesto desdén para hacer el reclamo oportuno del reconocimiento de la pensión

Por lo anterior, para evitar que se continúen violando los derechos fundamentales del demandante a la seguridad social, al mínimo vital y la dignidad humana, en la medida en que pese a que se considera que tal persona tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de invalidez, tal entidad continúa negándose a tal reconocimiento. Y es que nótese que la tardanza en la resolución definitiva del caso, no solo implica continuar con la violación de los derechos fundamentales mencionados, sino que inclusive podrían causarse perjuicios irremediables al demandante, como continuar con el progresivo deterioro de su salud, pues a su estado de invalidez y de perturbación funcional de uno de sus miembros inferiores, debido a las lesiones que sufriera en servicio activo y en razón de él, no se le ha prestado ninguna atención médica, ni por parte del Ministerio de Defensa ni por cualquier otra entidad promotora de salud.”

Por lo expuesto, solicita la agencia acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que se encuentran acreditados los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, contenidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 a favor del señor Diógenes Castro Sánchez. En el caso de que se ordene el reconocimiento de la pensión, se solicita que se ordene que de las sumas correspondientes a las mesadas atrasadas se descuente, debidamente indexada, la suma de dinero que la entidad demandada pagó al demandante como indemnización.

### **III. CONSIDERACIONES**



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

## **1. Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 152 numeral 2 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como el presente caso.

## **2. Problema jurídico y plan metodológico**

El debate jurídico que debe resolver la Sala en el presente asunto, es si debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No OF113-38573 MDNSGDAGPSAP de fecha 30 de agosto de 2013 en virtud del cual, el Ministerio de Defensa Nacional negó al señor Diógenes Castro Sánchez el reconocimiento de su pensión de invalidez al considerar que el demandante no cumple con los requisitos para el efecto, porque no cuenta con concepto emitido por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares que hubiese determinado una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida en servicio, conforme a lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

Para resolver el problema planteado, seguirá la Sala el siguiente estudio:

- a.** De la normatividad sobre pensión de invalidez en el sistema general de pensiones y en el régimen especial de las fuerzas militares.
- b.** De la aplicación del principio de favorabilidad a los miembros de las fuerzas militares

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

c. Valoración probatoria y caso concreto

a) **De la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones**

La Ley 100 de 1993, previó el reconocimiento de la pensión de invalidez en los siguientes términos:

**“ARTICULO. 38.-Estado de invalidez.** Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

**ARTÍCULO 39<sup>3</sup>.** Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

**PARÁGRAFO.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

---

<sup>3</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: **ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte subrayado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.
2. <Aparte subrayado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

**PARÁGRAFO 1o.** Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

**PARÁGRAFO 2o.** Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Sin embargo, la misma Ley 100 en su artículo 279 dispuso que: “(...) El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...)”.

Conforme a lo anterior, se desprende que en principio el demandante se encuentra excluido de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993

#### **b. De la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares**

Los hechos que dieron lugar a la pérdida de capacidad laboral del señor Diógenes Castro Sánchez datan del 4 de diciembre de 1981, siendo el régimen prestacional vigente para el momento en lo tocante a la capacidad psicofísica, incapacidades e invalideces del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares el contenido en el Decreto 1836 de 1979 que al efecto señalaba:

“**Artículo 61** Pensión de Invalidez del Personal de Soldados y Grumetes. - A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada así:

a) El 50% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%. fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.

b) El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%”.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

La norma en cita fue modificada por el Decreto 094 de 1989 que en su artículo 90 regulaba todo lo concerniente al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez para el personal de soldados y grumetes en los siguientes términos:

**“Artículo 90.** Pensión de invalidez del personal de soldados y Grumetes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de soldados Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiriera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público liquidada así:

- a) El 75% del sueldo básico de un Cabo superior o su equivalente, cuando en índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75 % y no alcance al 95%.
- b) El 100 % del sueldo básico de un cabo segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%.”.

Luego, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 en la que señaló:

**“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS.** <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> 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 MédicoLaborales 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.”(...)

()

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

El Decreto 4433 de 2004, proferido en desarrollo de la Ley 923 de 2004, preceptuó:

**“ARTICULO 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

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

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%). PARAGRAFO 1o. 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. PARAGRAFO 2o. 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.

Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013<sup>4</sup> declaró la nulidad del citado artículo 30, por lo que en la actualidad la pérdida de capacidad laboral para los miembros de las fuerzas militares a quienes deba otorgárseles pensión de invalidez, deberá alcanzar al menos el 50%. Indicó en aquella oportunidad el Consejo de Estado:

“(…) 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 lo dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley.

---

<sup>4</sup> No radicado 11001 03 25 0002007 00061 00 – Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

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. (...)

Conforme al estudio realizado, se tiene que para aquellos servidores que hubiesen perdido su capacidad laboral en combate antes del 7 de agosto de 2002 debían acreditar para acceder a la pensión de invalidez un 75% de dicha pérdida, y para los servidores que hubiesen sufrido tal situación después de tal fecha, debían acreditar un 50%.

Lo anterior generó una discriminación injustificada por cuanto el único factor determinante para conceder la pensión de invalidez era la fecha de ocurrencia de los hechos, situación que trajo consigo pronunciamientos judiciales, en los que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tomando en consideración criterios sobre el derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad en materia laboral, concluyeron que tal discriminación contrariaba la Constitución Política de Colombia, y por vía de excepción se apartaron del régimen especial para dar aplicación al régimen más conveniente para el trabajador.

**c). De la aplicación del principio de favorabilidad a los miembros de las fuerzas militares**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

En lo tocante a la existencia de regímenes especiales de Seguridad Social, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han coincidido en que ello en principio no vulnera la igualdad material de las personas, salvo cuando sin razón justificada surgen diferencias que generan un trato desfavorable en los asociados, caso en el cual, por vía de excepción puede dejarse de aplicar el referido régimen especial.

La Corte Constitucional <sup>5</sup> ha señalado:

"Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. **Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.**"

Por su parte el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha indicado:

“Sobre este particular, estima la Sala que el derecho a la igualdad material no sufre en principio desmedro alguno por la sola existencia de regímenes especiales de seguridad social, pues esta específica normatividad tiene como propósito proteger los derechos adquiridos y, al mismo tiempo, regular unas condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores a quienes se aplican.

No obstante ello, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.”

Ahora bien, en lo que toca a la pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral adquirida en servicio, el Consejo de Estado ha dado cuenta de la existencia de dos

---

<sup>5</sup> Sentencia C-461 de 12 de octubre de 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia fechada del cuatro (4) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-00544-01(4768-13)

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

regímenes, el anterior a la Ley 923 de 2004 que exigía para el reconocimiento de la prestación, una pérdida de capacidad laboral del 75%, y el que surgió con dicha norma, que exige un 50% y que se acompasa a su vez con el contenido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. Al respecto se ha pronunciado como se indica:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas, con una disminución de capacidad laboral del 50% en adelante durante la prestación del servicio, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, con fundamento en lo previsto en la Ley 923 de 2004 más favorable a sus intereses, bien sea que los hechos hubiesen ocurrido **con anterioridad al año 2002**. Expresamente, lo ha manifestado así:

“...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**”.<sup>7</sup>

-En la actualidad el régimen jurídico aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, en lo que respecta a la pensión de invalidez, se reduce exclusivamente a la Ley 923 de 2004. Así las cosas para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en tales términos, se requiere una pérdida de capacidad laboral igual o superior a 50%, causada durante **servicio activo** y dictaminada por el organismo médico laboral legitimado para tal efecto.

-La discriminación del **origen común o profesional** no puede ser un elemento válido para negar el reconocimiento pensional de un miembro de la Fuerza Pública que contribuyó con la defensa del Estado y sus instituciones, y que presenta una pérdida de capacidad laboral de más del 50%”<sup>8</sup>.

Posteriormente, en sentencia del 18 de febrero de 2018, el Consejo de Estado<sup>9</sup> indicó:

“Sin embargo, nota la Sala que la nueva regulación de la pensión de invalidez, siguiendo el marco conceptual descrito en la Ley 923 de 2004, en cuanto al porcentaje de pérdida de la

---

<sup>7</sup> Sentencia T-516 de 2013.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA  
Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES. Sentencia fechada del veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2016-00054-01(AC

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION A - Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Sentencia fechada del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00713-01(4945-15)



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

capacidad laboral requerido para la mencionada prestación en la fuerza pública, está a tono con la dispuesta en el régimen general de pensiones, al que se ha acudido en aplicación del derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad, tal como fue el criterio del *a quo* en la sentencia que se pide revocar.

De lo anterior se colige, que para que un miembro de la Fuerza Pública sea acreedor al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, será necesario que la disminución de la capacidad sicofísica se dé en servicio activo, y que el dictamen médico arroje un porcentaje de al menos 50%”.

Ahora bien, no desconoce esta Sala que en otras oportunidades, el Consejo de Estado<sup>10</sup>, también en aplicación del principio de favorabilidad laboral y en protección a las personas en situación de discapacidad, inaplicó por vía de excepción el régimen pensional de invalidez de las fuerzas militares, para reconocer la prestación, tomando en cuenta las normas del sistema general de pensiones que exige para su reconocimiento una pérdida de capacidad laboral del 50%. Así lo indicó:

“Sobre este particular, estima la Sala que el derecho a la igualdad material no sufre en principio desmedro alguno por la sola existencia de regímenes especiales de seguridad social, pues esta específica normatividad tiene como propósito proteger los derechos adquiridos y, al mismo tiempo, regular unas condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores a quienes se aplican.

No obstante ello, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

*Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales,*

---

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Sentencia fechada del siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 70001-23-31-000-2006-00085-01(0989-09) Actor: JUAN FRANCISCO MARTÍNEZ GONZÁLEZ Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

*se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta..*

Posteriormente, en sentencia T-348 de 24 de julio de 1997 reiteró:

*En general, esta Corporación ha considerado que la consagración de regímenes especiales de seguridad social, como los establecidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera la igualdad, en la medida en que su objetivo reside, precisamente, en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados. Salvo que se demostrare que la ley efectuó una diferenciación arbitraria, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general."*

Bajo estos supuestos, advierte la Sala<sup>4</sup> la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de regímenes especiales de seguridad social cuando estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993.

Descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del Decreto 0094 de 1989 y como quiera que la incapacidad sufrida por el actor no es igual o superior al 75% éste no tiene derecho a la pensión de invalidez bajo el régimen especial previsto en dicha normatividad para los miembros del Ejército Nacional.

Sin embargo, la Sala por vía de excepción ha aplicado al personal de la Fuerza Pública los requisitos exigidos por el Régimen General de Seguridad Social para el reconocimiento de la pensión de invalidez, entre ellos el 50% de la disminución de la capacidad sicofísica razón por la cual en principio se podría decir, que al actor le asiste el derecho al reconocimiento de la citada prestación pensional. No obstante, deberá proceder a verificar en el caso concreto, el cumplimiento de cada uno de los requisitos previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993”.

No obstante, en uno y otro caso se evidencia que la corporación en cita se aparta del régimen especial vigente para la época de los hechos, para aplicar en un caso el régimen general y en otro el especial pero de manera retrospectiva, siempre bajo la premisa de que los regímenes laborales deben ser respetuosos de la Constitución Política de 1991, máxime cuando tenga connotación de especial, pues tal carácter no admite trato discriminatorio al trabajador, ya que debe aplicarse el régimen que más

---

<sup>4</sup> En este mismo sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencias de 23 de julio de 2009, Rad. 1925-2007. Actor: William Tapiero Mejía. M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 13 de febrero de 2003. Rad. 1251-2002. M.P. Alberto Arango Mantilla.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

le favorezca y en lo tocante al porcentaje de pérdida de capacidad laboral es claro que tanto en el sistema general de pensiones como el régimen actualmente vigente de las fuerzas militares exige un 50% de pérdida de capacidad laboral a efectos de obtener la pensión de invalidez.

No obstante, téngase en cuenta que el caso mencionado en que el Consejo de Estado aplicó el régimen general de pensiones, era anterior a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 cuando aún las fuerzas militares no tenían regulada su pensión de invalidez bajo la acreditación del 50% de pérdida de capacidad laboral, luego para el caso estudiado en este proceso, la Sala dará aplicación de manera retrospectiva a la Ley 923 en tanto permite continuar con la prelación de la especialidad del régimen.

### **3. De las pruebas obrantes en el plenario**

#### **3.1. Hechos probados a través de pruebas documentales**

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que en cumplimiento de órdenes emitidas por el Comando del Batallón Bolívar, el soldado Diógenes Castro Sánchez resultó herido a causa de un impacto con proyectil de arma de fuego en la pierna izquierda. En consecuencia, se determinó que la lesión sufrida ocurrió en servicio por causa y razón del mismo.<sup>11</sup>

- La Junta Médico Laboral Militar de Bogotá, confirmada en su decisión por el Consejo Técnico Médico Militar, dictaminaron que el demandante, fruto de las

---

<sup>11</sup> Ver folios 8 a 10 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

lesiones sufridas en servicio, obtuvo una pérdida de capacidad laboral del 44.05% al presentar parálisis del nervio ciático, acortamiento de 3 cm en miembro inferior izquierdo, limitación para la flexión de rodilla izquierda y limitación de cadera izquierda, pérdida parcial del pabellón auricular izquierdo reconstruido que le determina defecto estético<sup>12</sup>.

- Al no resultar apto para continuar en servicio, mediante Resolución No 2295 del 12 de abril de 1984 se concedió indemnización al demandante por valor de \$ 348.320.<sup>13</sup>

- El 29 de abril de 2013 el demandante solicitó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca dictamen sobre pérdida de capacidad laboral, Junta que se pronunció certificando una pérdida de capacidad laboral del demandante del 58.10% al encontrar osteomielitis en el fémur izquierdo con alteración pélvica que no responde a tratamiento, Lesión talar con repercusión funcional de pie izquierdo y acortamiento del miembro inferior izquierdo.<sup>14</sup>

- El 25 de junio de 2013, teniendo en cuenta el referido dictamen, el demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de pensión por invalidez en aplicación del porcentaje exigido por la Ley 100 de 1993 y por virtud del principio de retrospectividad de la norma, petición que fue resuelta de manera negativa mediante acto administrativo No OF113-38573 MDNSGDAGPSAP del 30 de agosto de 2013, al considerar que no cuenta con concepto emitido por la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar que haya determinado una disminución de su capacidad laboral del 75% ocurrida en servicio,<sup>15</sup>no cumpliendo entonces con los requisitos del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

---

<sup>12</sup> Ver folios 11 a 14 del expediente

<sup>13</sup> Ver folio 15 del expediente.

<sup>14</sup> Ver folios 24 a 32 del expediente.

<sup>15</sup> Ver folio 35 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

- En el curso de la audiencia inicial, por solicitud del Ministerio Público se ordenó la práctica de un nuevo dictamen por parte de la Junta Médico Laboral Militar, que se realizó el 27 de agosto de 2018 y confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar el 1 de abril de 2019, en los que confirmaron el primer dictamen según el cual la pérdida de capacidad laboral ascendió al 44,05 %<sup>16</sup>.

### **3.2. Contradicción, valoración de dictámenes periciales y decisión de objeciones**

- La contradicción de los dictámenes obrantes en el proceso se realizó en el curso de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 20 de noviembre de 2019, en la que los peritos de la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca y del Tribunal Médico de Revisión Militar se ratificaron en los porcentajes dados en cada uno de sus dictámenes, conforme a las siguientes conclusiones:<sup>17</sup>

Ítems	Dictamen Junta y Consejo Médico Laboral de las Fuerzas Militares Decreto 1836 de 1979 <sup>18</sup> PCL 44.05%.	Dictamen Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca Decreto 094 de 1989 PCL 58.10%
<b>Conclusiones del dictamen y secuelas calificadas</b>	a). Parálisis del nervio ciático 10 índices de lesión; b). Acortamiento de 3 cm en miembro inferior izquierdo 3 índices de lesión. c). Limitación para la flexión de rodilla izquierda y cadera izquierda 7 índices de lesión. d). Pérdida parcial del pabellón auricular izquierdo reconstruido que le determina defecto estético 5 índices de lesión.	a). Osteomielitis fémur izquierdo con alteración pélvica que no responde a tratamiento índice de lesión 15; b). Lesión talar con repercusión funcional de pie izquierdo, índice del lesión 8; c). Monoparesia miembro inferior izquierdo, 9 índices de lesión; d). Acortamiento miembro inferior izquierdo 3 índices de lesión.

<sup>16</sup> Ver folios 267 a 275 del expediente.

<sup>17</sup> Ver folios 277 a 281 del expediente.

<sup>18</sup> Ver folios 11 a 12 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

En este aspecto es necesario acotar que las conclusiones referidas anteriormente son las dictaminadas por la Junta Médico Laboral de las fuerzas militares en el año 1983.

Lo anterior teniendo en cuenta que el dictamen médico rendido por la Junta Médica y confirmado por el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares el 27 de agosto de 2018 y 1 de abril de 2019 y que fuese ordenado por este Tribunal, lo fue, ante la existencia de dos dictámenes contradictorios y con el fin de dar nueva oportunidad a las Fuerzas Militares de valorar en la actualidad al paciente. Lo anterior por solicitud del Ministerio Público.

Sin embargo, en esta nueva oportunidad, las autoridades en medicina laboral de las fuerzas militares se pronunciaron sobre nuevas patologías del calificado, tales como problemas psiquiátricos, auditivos, y diabéticos, los cuales no fueron evocados en la demandada como desconocidos y en todo caso en las oportunidades probatorias que tuvo el demandante tampoco acreditó haberlas adquirido en servicio, siendo dable indicar que los documentos sobre el estado de salud allegados por la parte actora en audiencia del 7 de octubre de 2019 no pueden ser tenidos en cuenta, toda vez que fueron allegados de manera extemporánea al proceso.

Nótese que las fuerzas militares al realizar el dictamen ordenado por esta instancia, concluyó que:

“Con el fin de resolver la situación médico laboral del señor SLR (R). CASTRO SÁNCHEZ DIOGENES, al cual le fue practicada junta Médica Laboral No 10733 del 27 de agosto de 2018 realizada en la ciudad de Bogotá D.C. por parte de la Dirección de Sanidad de Ejército Nacional, con los resultados antes consignados y luego de cotejar las conclusiones de éstas con su estado médico laboral actual, teniendo en cuenta la documentación que reposa en el expediente médico laboral principalmente los conceptos de especialistas, los resultados de paraclínicos tomados y demás documentos aportados por el paciente, así como el examen médico practicado al calificado el día de su asistencia a esta Instancia el Tribunal toma las siguientes decisiones:

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

1. Con respecto al estado de “audición normal” según calificación de la Junta Médico Laboral objeto de la presente revisión esta Sala considerara que la no asignación de índices de lesión por la Primera instancia es acorde con el estado actual del calificado evidenciado durante la realización de la entrevista, la revisión de la historia clínica y el estado físico – otoneurológico practicado por este organismo médico laboral así como también congruente con el examen de potenciales evocados auditivos del 8 de junio de 2017 (...) y que da cuenta del “estado normal” de la agudeza auditiva que presenta e calificado, por lo anteriores esta Sala decide RATIFICAR la decisión de la Primera instancia, Con respecto al origen esta Sala no lo clasifica como lesión ni afección.
2. Con respecto al trastorno de ansiedad inespecífico asintomático (...) se observa que el mencionado SLR (R) del Ejército Nacional, ingresó a la institución en **febrero de 1980** y se retiró de la misma en **septiembre de 1983** por tanto se concluye que la sintomatología presentada por la actual patología de origen mental que presenta el calificado, se presentó con posterioridad a la fecha de retiro de la institución, sin existir nexo causal entre la fecha en la que fue diagnosticada la patología en mención (septiembre de 2017, de acuerdo a documentación aportada por el calificado y expediente médico laboral) y el tiempo durante el cual se encontraba en la prestación del servicio en el Ejército Nacional ni durante su post retiro mediato o inmediato, por lo cual sin otro sustento más que la historia clínica del tiempo en que consultó por la afección mental es posible inferir que en el lapso de tiempo desde su retiro del Ejército Nacional hasta el año en mención no hubo necesidad de acudir a consulta médica por alteraciones en su esfera mental (...) Con respecto al origen esta Sala considera que es de carácter multifactorial donde intervienen factores sociales, culturales y de la personalidad es decir una enfermedad común, no relacionada con el servicio.
3. Con respecto a la Diabete Mellits insulino requirente según calificación de la Junta Médico Laboral objeto de la presente revisión esta Sala considera que la no asignación de índices de lesión es acorde con su expediente médico laboral; Toda vez que esta Sala considera que si bien presenta la patología en mención la cual es evidenciada durante la entrevista, la revisión de su historia clínica y el examen físico practicado por parte de este Organismo Médico Labora, así como también congruente con el concepto médico del especialista en medicina familiar del 18 de mayo de 2017 tenido en cuenta para la Junta Médica en revisión y que da cuenta de dicha patología esta Sala no evidencia historia clínica durante el tiempo de su actividad laboral ni durante el post retiro mediato o inmediato de la institución que demuestre que presentó dicha afección o que requirió de atención médica general o especializada o formulación de hipoglicemiantes en los periodos de tiempo mencionados. Es importante recordar, que este ese Organismos Médico Laboral hace el respectivo pronunciamiento de las lesiones o afecciones adquiridas en el servicio activo y de la modificación en las mismas mientras el miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de encuentre activo (...).
4. Con respecto al antecedente de herida por proyectil de arma de fuego en miembro inferior izquierdo y que ocasiono, fractura e fémur lesión del nervio ciático izquierdo y que dejó como secuencia acortamiento de miembro inferior izquierdo, parálisis del nervio ciático izquierdo, limitación para la flexión de rodilla y cadera izquierdas esta Sala evidencia que mencionadas secuelas fueron definitivas y ya fueron calificadas e indemnizadas por Acta de Junta Médico Laboral No 0395 de 1983. Con respecto al origen esta Sala evidencia que el Acta de Junta Médico Laboral lo calificó en Literal C, como accidente de trabajo, según el Informativo Administrativo por Lesión descrito en la presente Acta.  
(...)

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Por las razones anteriormente expuesta, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía decide por unanimidad RATIFICAR los resultados de la Junta Médico Laboral No 103733 del 27 de agosto de 2018 realizada en la ciudad de Bogotá D.C.”<sup>19</sup>

Dichas patologías valoradas al no haber sido alegadas como desconocidas en la demanda, no son objeto de pronunciamiento de la Sala, que se dedicará en lo sucesivo a valorar los dictámenes referenciados en el cuadro comparativo por contener dos porcentajes disímiles en cuanto a la pérdida de capacidad laboral del demandante.

Retomando los índices de lesión referidos en cada uno de los dictámenes laborales, se tiene que los dos coinciden en que la lesión sufrida por el demandante con ocasión del servicio le generó un acortamiento del miembro inferior izquierdo en 3 cm y en ambas valoraciones se tuvo en cuenta la ausencia parcial de movimiento voluntario de miembro inferior izquierdo (monoparesia y parálisis del nervio ciático y limitación para la flexión de rodilla y cadera izquierda).

No obstante, en el dictamen de la Junta y Consejo Médico Laboral de las Fuerzas Militares del año 1983 no se pronunció sobre la osteomielietis del fémur izquierdo con alteración pélvica que no responde a tratamiento ni a la lesión talar con repercusión funcional de pie izquierdo, que sí fueron tenidas en cuenta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y **cuya calificación es la que realmente hace la diferencia en cuanto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado en uno y otro caso.** Veamos entonces el sustento de cada uno de los peritos de las respectivas Juntas.

#### **a. Sustentación de los dictámenes periciales**

---

<sup>19</sup> Ver folios 267 a 270 del expediente



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

El 20 de noviembre de 2019 se dio curso a la contradicción de los dictámenes pericales en el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, así:

- **Identificación e individualización de los Peritos**

<b>Ítems</b>	<b>Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca</b>	<b>Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía</b>
<b>Nombre del perito asistente</b>	Doctor Jorge Humberto Mejía Alfaro C.C. 14234463 de Ibagué, RM 14234463 de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y Cundinamarca	<b>Doctor Julio Cesar Padilla Agredo</b> identificado con cédula de ciudadanía No 1130606033 expedida en Cali, en calidad de representante de la dirección de Sanidad ante el Tribunal
<b>Estudios realizados</b>	i). Médico cirujano de la Universidad Nacional de Colombia; ii). Especialista en salud ocupacional de la Universidad del Bosque; iii). Epidemiólogo de la Universidad de Antioquia; iv).Especialista en medio ambiente de la universidad de los Andes	i). Médico General
<b>Experiencia laboral</b>	Miembro principal de la sala No 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca desde el año 2006 hasta la fecha. <b><u>13 años</u></b>  Ha conocido aproximadamente 150 casos mensuales, 1800 casos al año, 20000 en su trayecto de junta regional de calificación de invalidez, dentro de los cuales se conocen de casos de las fuerzas militares.	Tres años de experiencia ante Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares y dos años en segunda instancia ante el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares. <b><u>Total cinco años</u></b>

- **Sustentación de cada uno de los peritos**<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Ver DVD obrante a folio

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

<b>Ítems</b>	<b>Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca – Decreto 094 de 1989</b>	<b>Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía – Decreto 1836 de 1979</b>
<b>Competencia</b>	Decreto 1352 del 2013 en su artículo 53 y 54	Decreto 1836 de 1979
<b>Procedimiento realizado</b>	Consideró historia clínica y se observó y valoró al paciente mediante examen físico realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez	Consideró historia clínica y se observó y valoró al paciente por la Junta Médico Laboral de las Fuerzas Militares y por el Tribunal Médico de Revisión Militar
<b>Decreto para dar índices de lesión</b>	Decreto 094 de 1989	Decreto 1836 de 1979
<b>Conclusiones y secuelas encontradas</b>	<p>Paciente que sufrió herida por proyectil de arma de fuego certificada por la entidad demandada como ocurrida por causa o con ocasión del servicio el 4 de diciembre de 1981 sufriendo herida en muslo izquierdo.</p> <p><b><u>Secuelas:</u></b></p> <p>i). <b>Osteomielitis crónica del fémur izquierdo con alteración e invalence pélvico sin respuesta a tratamiento:</b> infección que afecta el hueso, generando alteración pélvica por invalence pélvico y que no responde a tratamiento porque 20 años después hay comunicación de hueso al exterior votando mezcla de suero y pus - la lesión persiste.</p> <p>ii). El paciente persevera con trayectos fistulosos hacia glúteo izquierdo lo que sugiere una lesión perseverante:</p> <p>iii). <b>Lesión talar con repercusión funcional del pie izquierdo:</b> talar hace referencia a talón residual, la repercusión funcional porque el paciente no logra marcha en punta de pies ni en talones y hay disminución en los arcos de movimientos</p>	<p>Al paciente en el año 2019 se le calificó audición normal conforme con potenciales evocados auditivos.</p> <p>Se revisó trastorno de ansiedad inespecífico asintomático por la que no se asignó índice de lesión porque no se demostró que hubiese aparecido durante la prestación del servicio.</p> <p>En cuanto a la diabetes melitus insulino requiriente se estableció que la misma apareció a partir del año 2015 por lo que no puede ser tenida en cuenta para los efectos estudiados.</p> <p>En cuanto al antecedente de la herida por proyectil de arma de fuego en miembro inferior izquierdo que le ocasionó fractura del fémur, lesión de nervio ciático que dejó como secuela acortamiento en miembro inferior izquierdo, parálisis del nervio ciático izquierdo con limitación en la función del miembro inferior y de la cadera izquierda, las mencionadas afecciones fueron calificadas en su momento en el acta 395 de 1983, por lo que se decidió que eso ya había sido calificado, revisado e indemnizado adecuadamente.</p> <p><b><u>Secuelas:</u></b></p>

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

	<p><b>iv). Monoparesia de miembro inferior izquierdo:</b> hace referencia a la pérdida de fuerza del miembro</p> <p>iv). Lesión de nervio ciático mayor.</p> <p>v). Acortamiento del miembro inferior izquierdo al menos de 3 cm</p>	<p>La Junta Médico Laboral y Consejo Técnico de las Fuerzas Militares para el año 1983 dictaminaron las siguientes secuelas:</p> <p>a). Parálisis del nervio ciático</p> <p>b). Acortamiento de 3 cm en miembro inferior izquierdo.</p> <p>c). Limitación para la flexión de rodilla izquierda y cadera izquierda.</p> <p>d). Pérdida parcial del pabellón auricular izquierdo reconstruido que le determina defecto</p>
<p><b>Conclusiones adicionales</b></p>	<p>i). Fractura compleja con lesión del nervio ciático mayor con cirugía plástica para tratar de reconstruir el glúteo y tejido blando asociado.</p> <p>Dicha fractura tiene como complicación frecuente la osteomielitis que en ocasiones responde a tratamiento con antibiótico – en el caso concreto sí fue suministrado - y tratamientos quirúrgicos – como limpieza y asepsia - pero en este caso el paciente persistió con una lesión osteomiéltica crónica que tiene su trayecto fistuloso, el cuál viene drenando constantemente a través del glúteo izquierdo lo cual hace que sea una lesión que la vuelve de grado máximo que haciendo a una homologación cuando se está frente a personal civil con osteomilitis de más de un año que no responde a tratamiento. Esta afección se asemeja a amputación funcional del miembro afectado, por lo cual se le dio la mayor valoración en afectación del miembro inferior izquierdo.</p> <p>ii). La osteomielitis observada es coherente con la versión del paciente que dice que su principal complicación ha sido la osteomielitis la infección.</p>	<p>i). Llamó la atención en el hecho de que la Junta médica se hizo en el año 1983, es decir, dos años después del accidente que correspondieron al tiempo de tratamiento del paciente incluido el de rehabilitación y en los conceptos obtenidos para la realización de misma se solicitó concepto idóneo por perito ortopedista que describió las secuelas calificadas pero no hizo referencia a proceso osteomiéltico.</p> <p>ii). También se emitió concepto para 1983 por cirugía plástica, y el especialista tampoco hace referencia a osteomielitis.</p> <p>iii). No existe evidencia para la época, con historia clínica en el post retiro mediato ni inmediato, en el que se refleje la osteomielitis. Cuando él solicitó la Junta Médica vía jurídica.</p> <p>iv). No se tiene conocimiento a qué otros oficios se dedicó el calificado, se desconocen los factores de exposición a que estuvo expuesto después de 1983.</p> <p>v). Indicó que asociar el antecedente traumático al proceso osteomiéltico que tiene el calificado en estos momentos, sin historia clínica post retiro inmediato resulta difícil y temerario.</p>

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

	<p>iii). La ubicación de la infección se ubica geográficamente o corresponde con la de la fractura en las notas clínicas.</p>	<p>vi). Indicó que el Tribunal Médico Laboral no revisó el acta de junta médica realizada en 1983 por no ser competente para ello, toda vez que su competencia se circunscribe a la revisión del acta suscrita en el año 2019.</p> <p>vii). No tiene conocimiento si se le realizó examen médico de retiro pero si sabe que Junta de revisión laboral e fue realizada porque consta en el expediente.</p>
<p><b>Motivo de disenso de los dictámenes valorados que tienen que ver con la OSTEOMILITIS Y LA LESIÓN TALAR</b></p> <p><b>El despacho interrogó a los peritos para que informaran si la osteomielitis puede ser una complicación tardía a la lesión sufrida o necesariamente es una consecuencia inmediata a la lesión</b></p>	<p>i). En el tema de la osteomielitis puede ser una complicación tardía, de hecho difícilmente aparece de manera inmediata. Puede ser una complicación tardía o aparecer en un postoperatorio.</p> <p>ii). Hay un franco trayecto fistuloso lo que quiere decir que esta infección ha dado cuenta de un tiempo importante de ocurrencia.</p> <p>iii). La ubicación topográfica de la osteomielitis coincide con el sitio en el cual se presentó la herida por arma de fuego.</p> <p>iv). No se está hablando de una osteomielitis del húmero ni de tibia, se está hablando de una osteomielitis que está generando un trayecto fistuloso que drena por glúteo izquierdo y ese es justamente el sitio de lesión, entonces es una complicación descrita en la literatura médica usualmente es tardía y generalmente aparece pasados los manejos usuales y convencionales con terapia, es una secuela de este tipo de lesiones complejas.</p>	<p>i). Indicó que el soporte son las historias clínicas y si bien lo que el otro perito indica es cierto, es riesgoso afirmar dichas cosas, sin saber si el calificado se fracturó o en qué estuvo trabajando.</p> <p>ii). Hay un lapso de treinta años en que no se sabe el calificado en que trabajó, la osteomielitis puede ser fruto de otra situación como alguna fractura u otro trauma, a lo que debe sumarse nunca consultó por dicha situación, entonces puede pero también no puede ser fruto de la lesión sufrida en servicio.</p> <p>iii). Los soportes para decidir son las historias clínicas y en ellas no se evidencia que alguna vez haya consultado por osteomielitis en el post retiro mediato o inmediato, entonces es temerario emitir juicio a sabiendas de que hay un vacío en el tiempo en que no se sabe a qué riesgos estuvo expuesto el calificado, concluye entonces que puede que si o puede que no aparezca tardíamente.</p>
<p><b>Se interroga a los peritos para que informen en uno</b></p>	<p>Para el 2013 existía historia clínica que daba cuenta de la osteomielitis según soportes del 28 de abril de</p>	<p>Indicó el perito que la lesión talar y la osteomielitis no fueron valoradas en el año 1983 porque en ese momento no</p>

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
 Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
 Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
 Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

<p><b>y otro caso porque se valoró – o no se valoró la osteomielitis crónica y la lesión talar</b></p>	<p>2006 expedida por el Hospital de Bosa firmada por la doctora Nadia Malagón; además según historia clínica del año 2010 en la que se indica que se efectuó valoración en el SISBEN con motivo de consulta dolor de pierna por supuración con antecedentes por osteomielitis crónica y antecedentes quirúrgicas por osteomielitis porque ha requerido cuatro intervenciones. Y en el año 2012 se repite la misma historia. Concluye entonces que la historia tiene tres señalamientos de osteomielitis crónica con cuatro intervenciones quirúrgicas. A folios 21 y 22 se encuentra la referida historia clínica.</p>	<p>dichas patologías, luego sin más soportes que la historia clínica que para el momento no existía, no podía calificarse.</p> <p>Y en la actualidad tampoco se calificaron porque no existe historia clínica que indique que el actor haya consultado en el post retiro inmediato o mediato sobre tales afecciones.</p>
--	--	--

- **De la competencia de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para pronunciarse en casos que involucren miembros de las fuerzas militares**

Tal y como lo indicó el Ministerio Público, el hecho de que el demandante contara con un dictamen proferido por el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares, habilitaba al demandante según disposiciones del Decreto 1352 de 2013, para acudir ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, pues dicha norma preceptuó que la pérdida de capacidad laboral de los miembros de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional sería realizado por las entidades competentes, y el trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez se surtiría, **sólo después de efectuarse la calificación correspondiente en su respectivo régimen.**

*“En todo caso, la tabla de calificación que deberán utilizar las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, será la misma con la cual se calificó anteriormente al trabajador en cada uno de los regímenes de excepción”.*

En consecuencia dicha objeción no prospera.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

- **Apreciación de los dictámenes**

Ahora bien, el artículo 232 del Código General del Proceso establece que *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Conforme a la norma en cita, esta Sala dará credibilidad al dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en atención a las consideraciones que pasan a exponerse.

i). Si bien los hechos datan del año 1981 cuando se encontraba vigente para efectos de calificación y asignación de índices, el Decreto 1836 de 1979, lo cierto es que en su momento el actor no presentó la osteomielitis crónica ni la lesión talar que fueron encontradas posteriormente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y cuya valoración se dio cuando ya se encontraba vigente el Decreto 094 de 1989, que en su artículo 96 dispuso que dicho decreto regiría a partir de la fecha de su publicación, derogaría las disposiciones que les fuesen contrarias y no afecta las situaciones definidas conforme al Decreto 1836 de 1979.

No obstante, la situación del demandante no fue definida con tal decreto, en tanto con el tiempo surgieron nuevas secuelas como la osteomielitis crónica, luego a la Junta Regional de Calificación de Invalidez le era dable aplicar el Decreto 094 de 1989 como en efecto lo hizo.

ii). En cuanto a la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, la Sala toma en cuenta lo dictaminado por el doctor **Jorge Humberto Mejía Alfaro**, en tanto

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

es médico cirujano de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en salud ocupacional de la Universidad del Bosque; epidemiólogo de la Universidad de Antioquia y especialista en medio ambiente de la universidad de los Andes. Además, informó tener una trayectoria de más de trece años en su cargo como miembro de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con conocimiento aproximado de 20000 casos, estudios y experiencia superiores, al perito del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares, **doctor Cesar Padilla Agredo**, quien indicó ser médico general con 5 años de experiencia en el ramo.

Sin embargo, es dable aclarar que esta Sala no duda de las capacidades del último galeno en mención ni de su mérito para desempeñar el cargo acreditado, solo que en sede de valoración de dictámenes periciales, la norma autoriza tener en cuenta aspectos como los evaluados anteriormente.

iii). La presentación del dictamen y sustento de las conclusiones por parte del doctor Jorge Humberto Mejía Alfaro fue hecha desde el punto de vista científico, sin descalificar a sus colegas del Tribunal de las Fuerzas Militares y explicando de manera clara y concisa las conclusiones de su ponencia.

Por el contrario el perito del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares realizó afirmaciones jurídicas que demostraban afán porque la entidad de la que hace parte no resultase condenada. Al efecto, cuestionó la competencia de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, expuso aspectos de legalidad como el hecho de el Tribunal que representa actuó conforme a la Ley, que la osteomielitis crónica no podía ser valorada actualmente porque no existían pruebas documentales – historia clínica – que soportaran el hecho de que el actor tenía dicha patología para el año 1983 siendo en su opinión temerario afirmar que dicha patología fue consecuencia de la lesión sufrida en servicio.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

iv). La anterior afirmación denotó que el dictamen pericial rendido en la actualidad por las Fuerzas Militares para el año 2019 tuvo preocupación por no vulnerar el principio de legalidad por ellos entendido como el hecho de no tener en cuenta nada de lo que no obrase historia clínica documentada para la época de los hechos, sin tener en cuenta como pilar fundamental de su actuación, la salud del paciente.

Nótese que al habersele interrogado al doctor Julio Cesar Padilla sobre la posibilidad médica de la aparición de la osteomielitis de manera tardía como consecuencia de una lesión, no presentó respuesta concisa, pues se limitó a indicar “puede que sí, pero puede que no”, porque en su sentir, deben atenderse cuestionamientos como otros accidentes o factores de riesgo a que se haya expuesto el calificado, es decir, aún cuando es posible su aparición tardía ello pudo obedecer a otras lesiones, y como no existen historias clínicas de la época, no debe valorarse al paciente, aún cuando su estado de salud se vea deteriorado por causa de la lesión adquirida en servicio.

El Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares en su dictamen más allá del estado de salud de quien consulte, verifica pruebas documentales y en sus palabras, actúa conforme a la ley, denotando con dicha expresión un afán porque el Ministerio de Defensa no salga condenado, apartándose de su deber primordial cual es la valoración desde el punto de vista médico de los militares.

Otro aspecto jurídico que quiso sustentar y cuestionar el perito es que el Decreto utilizado por la regional de invalidez es el 094 de 1989 y no el 1836 de 1979, cuestionamiento que una vez más ataca las formas más no el sustento científico de la valoración.

v). Ahora bien, en lo tocante al concepto científico quedó establecido:



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

- Que al momento en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca valoró al paciente, esto es, en el año 2013, encontró que había desarrollado una osteomielitis crónica y tenía lesión talar, que determinó como causa o con ocasión del servicio, porque se allegó evidencia documental en la que las fuerzas militares determinaron su accidente en servicio.
- Estableció con suficiente claridad el perito que la osteomielitis crónica que no responde a tratamiento se deriva o coincide geográficamente con la lesión sufrida por arma de fuego. Es decir, la osteomielitis se encuentra activa en el lugar en que se generó la lesión que ocasionó la incapacidad.
- También ilustró la osteomielitis como proceso infeccioso es común que aparezca muchos años después del accidente.
- Entonces se trata de una osteomielitis evidenciada en el lugar en que ocurrió la herida, que apareció muchos años después del accidente, luego es dable calificarla en grado máximo porque no respondió a ningún tratamiento.
- De manera que siendo dicha patología la que hace la diferencia porcentual entre el 44.05% otorgado por las fuerzas militares y el 58.10% de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es dable concluir que en efecto este último porcentaje debe ser tenido en cuenta para asignar la pensión de invalidez del demandante.
- Lo anterior habida cuenta de que el Tribunal Médico laboral de las Fuerzas Militares afirmó que las osteomielitis es un proceso infeccioso que puede aparecer tardíamente, pero que también pudo ser consecuencia de otra actividad y otro factor de riesgo, y ante la duda es mejor abstenerse, máxime ante la ausencia de historias clínicas de la época que soporten la infección para la época de los hechos, afirmación que no puede ser tenida en cuenta por

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

desconocer el principio de favorabilidad laboral. Si la entidad sugiere que la patología fue consecuencia de otro accidente, es deber probar su dicho.

- Cuestionó el perito de las fuerzas militares el hecho de que el demandante no hubiese pedido valoraciones anteriores, situación que no se relaciona con la patología diagnosticada en atención a que se determinó que la misma puede tener aparición tardía y coincide con las ubicación de la herida, siendo dable colegir que fue adquirida en servicio.
- Finalmente, el galeno de las fuerzas militares señaló que para el año 1983 el calificado no quedó inconforme con el porcentaje asignado en tal oportunidad por no haber convocado en dicha oportunidad el Tribunal de segunda instancia, y que por ende en esta ocasión el Tribunal ya no era competente para valorar sus inconformidades.
- Lo anterior, no puede ser aceptado por esta Sala porque en el año 2019, cuando este Tribunal ordenó la nueva valoración, se abstuvo de incluir la osteomielitis crónica al parecer porque consideró que la patología que comprendía el miembro inferior izquierdo ya había sido calificada – ello en atención a lo considerado en el dictamen – y porque según lo informó el perito en su argumentación, no había evidencia en historia clínica que diagnosticara el padecimiento, indicando ello, que pese a que por orden judicial tuvo la oportunidad valorar íntegramente al paciente, prefirió atender a lo que en su sentir se trataba de una situación de legalidad, que le impedía pronunciarse frente a lo ya calificado.

vi). Son los anteriores argumentos los que llevan a la Sala a tener por acreditado el 58.10% de pérdida de capacidad laboral del demandante, dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

#### **4. Solución al caso concreto**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Como se vio, fueron dos los motivos por los cuales el Ministerio de Defensa le negó al reconocimiento de la pensión al demandante, a saber:

- El no cumplimiento de los requisitos del Decreto 4433 de 2004.
- No contar con concepto emitido por la Junta Médico Militar o Tribunal Médico de Revisión Militar que dictaminara una pérdida de capacidad laboral del 75%.

#### **4.1 Del no cumplimiento por parte del demandante de los requisitos establecidos en el Decreto 4433 de 2004**

El acto administrativo contenido en el oficio No OF113-38573 MDNSGDAGPSAP del 30 de agosto de 2013 encuentra su fundamento jurídico en una norma que para el momento de su expedición ya había sido declarada nula por Consejo de Estado. Al efecto, indicó el acto administrativo que el demandante no acreditaba el 75% de pérdida de capacidad laboral de que trata el Decreto 4433 de 2004.

Nótese que el acto fue expedido el 30 de agosto de 2013, sin tener en cuenta, que el 28 de febrero de 2013 se había declarado la nulidad del artículo 30 del mentado Decreto 4433 de 2004, al considerar que en su expedición, el ejecutivo había excedido las facultades para reglamentar la Ley 923 de 2004, que solo había exigido para el efecto, la pérdida de capacidad laboral del 50%.

Entonces, el acto demandado adolece de falsa motivación en tanto el fundamento jurídico utilizado por la demandada para negar la pensión de invalidez al demandante no se encontraba vigente, así como tampoco la disposición allí invocada en lo

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

referente a la pérdida de capacidad laboral del 75%, porque para entonces se encontraba vigente el 50%.

Ahora bien, no desconoce la Sala que los hechos datan del año 1981 cuando estaba vigente el Decreto 1836 de 1979 que también exigía el 75% de pérdida de capacidad laboral para otorgar la pensión de invalidez.

Pese a lo anterior y como se evidenció en el acápite pertinente, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han avalado la presencia de regímenes pensionales especiales, en el entendido de que los mismos buscan beneficiar a sus destinatarios, más cuando de su aplicación se deriva un trato discriminatorio, el mismo se torna inconstitucional y ello abre paso a la aplicación del régimen general y/o de la norma que más favorezca al trabajador.

De ahí, que el Ministerio Público delegado ante esta Corporación haya afirmado que *“en el caso concreto se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y dar paso a lo que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de regímenes especiales de seguridad social cuando estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993”*.

Es dable además llamar la atención, en el sentido de que el régimen pensional vigente para el momento en que el demandante sufrió la Lesión - 1981 - es anterior a la Constitución Política de 1991, pero luego de su expedición, se regula en 1993 el sistema general de seguridad social, el cual como se vio, exige una pérdida de capacidad laboral del 50%.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

No obstante, las fuerzas militares, no podían contar con un régimen pensional especial de invalidez, que fuera a todas luces contrario al sistema general en perjuicio de sus servidores, y es así como se acompañan con el régimen general para en el año 2004 al igualar el mismo porcentaje del 50% de pérdida de capacidad para otorgar la mencionada pensión de invalidez.

En consecuencia, se considera, en aplicación al derecho a la igualdad contenido en la Constitución Política de 1991, que el acto administrativo demandado va en contra de principios constitucionales y se fundamenta en preceptos normativos declarados nulos, abriendo paso a que por vía de excepción se pueda dejar de aplicar el régimen especial vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos y en su lugar permitir que pueda acceder a una pensión de invalidez acreditando el 50% de pérdida de capacidad laboral de que trata la Ley 923 de 2004.

Al efecto, una de las discusiones en torno a si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento de la prestación pretendida, es que para la fecha en que sucedieron los hechos, se exigía una pérdida de capacidad laboral del 75%. Sin embargo, como lo indicó el Consejo de Estado en armonía con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la Ley 923 de 2004 resulta más favorable a los intereses de los trabajadores que han perdido su capacidad laboral en combate y que por ende pueden tener su reconocimiento acreditando el 50% de pérdida de capacidad laboral, lo que además es concordante con el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, si bien el Ministerio Público y la parte demandante solicitan se conceda la prestación social teniendo en cuenta el sistema general de pensiones, que exige el 50% de pérdida de capacidad laboral, dirá la Sala que ello no impide que se aplique retrospectivamente por principio de favorabilidad, el régimen especial de las fuerzas militares que con la Ley 923 de 2004 también exigió el mismo 50% y que en

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

armonía con lo dicho por la Corte Constitucional, se puede aplicar a hechos sucedidos con anterioridad al 7 de agosto de 2002.

En el caso bajo estudio la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, **acogido por esta Sala**, conceptuó un 58.10% de pérdida de capacidad laboral del demandante, lo que sumado a la posibilidad de aplicar de manera retrospectiva la Ley 923 de 2004, llevan a la Sala a declarar la nulidad del acto administrativo demandado al haberse encontrado que contraría lo preceptuado en las normas superiores y legales que rigen la materia.

En su lugar, se ordenará a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional que reconozca y pague la pensión de invalidez al señor DIÓGENES CASTRO SÁNCHEZ en los términos establecidos en la Ley 923 de 2004, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 58.10% dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Las sumas que resulten a favor del demandante, se ajustarán en su valor como lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

#### **4.2. De la pensión de invalidez y la indemnización por la disminución de la capacidad sicofísica**

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado<sup>21</sup> en reciente jurisprudencia lo siguiente:

“La Sala sostendrá la tesis según la cual la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez son incompatibles toda vez que la contingencia que

---

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia fechada del veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00165-01(0700-16) Actor: HUBERT FERNANDO OSPINA PUERTA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

protege la primera de tales prestaciones se encuentra cubierta con el reconocimiento pensional. En efecto, de las características del régimen prestacional de las Fuerzas Militares, emerge que la naturaleza jurídica de ambos derechos es la de una prestación que tiene la finalidad de cubrir el riesgo de pérdida de la capacidad laboral al que están enfrentados, de manera especial, los miembros de las Fuerzas Pública, propósito que se enmarca en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social, como se desprende del siguiente aparte:

[...] Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.  
(...)

De acuerdo con ello, en uno y otro caso la fuente de la obligación sería una pérdida de la capacidad laboral permanente, de manera que no resultaría admisible justificar un doble suministro prestacional con base en la misma causa. Sobre el particular, ha señalado la Corporación:

[...] la Sala no comparte el argumento del Tribunal en cuanto declaró, con fundamento en el Decreto 1213 de 1990, la compatibilidad de la pensión de invalidez, reconocida a favor del actor, y la indemnización por disminución de su capacidad, toda vez que como lo ha sostenido de forma consistente y reiterada esta Sección ambas prestaciones comparten su causa eficiente, esto es, la merma en la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública lo que implica en la práctica que su reconocimiento simultáneo constituya una doble compensación [...].

Sin embargo, la referida postura no es unificada, nótese que igualmente, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado<sup>22</sup> señaló:

Ahora bien, conforme a lo anterior es evidente la voluntad del legislador ordinario y extraordinario para establecer una pensión de invalidez para los miembros de la fuerza pública, exigiendo condiciones puntuales de pérdida de la capacidad laboral y su imputabilidad al servicio; como también ciertos beneficios económicos que se causan por las mismas razones, distinguiéndose claramente la indemnización por pérdida de la capacidad sicofísica, que en juicio de la jurisprudencia de la corporación, cuando se reconoce en aplicación del régimen especial y al considerar ausencia de norma que establezca su incompatibilidad, concurre en un mismo beneficiario con la pensión de invalidez<sup>23</sup>.

De esta manera, también es claro el tratamiento diferencial que se le dio a la pensión y a la

---

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia fechada del 22 de marzo de 2018 No radicado 25000-23-42-000-2012-01417-01

<sup>23</sup> Al respecto, consultar sentencia del 22 de noviembre de 2012, exp. 1875-12 CP Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

indemnización, al punto que si bien son compatibles eventualmente, responden a condiciones distintas que como tal le otorgan efectos y sobre todo una naturaleza autónoma la una de la otra.

Vale la pena destacar, que esta Sala en sentencia del 30 de enero de 2014, exp. 1860-13, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, dando solución a un caso como el presente donde se debatía la pretensión de reajuste de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral de manera concurrente con la pensión de invalidez, consideró así:

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

(...)

Por el contrario, debe recordar la Sala que la pensión de invalidez ha sido considerada como una prestación con carácter periódico que la ley otorga a quien ve disminuida su capacidad laboral en el porcentaje requerido, con el propósito de que pueda solventar sus necesidades básicas porque tiene su capacidad sicofísica mermada; mientras que la indemnización corresponde a un pago unitario y definitivo que compensa la discapacidad del militar por eventos atribuibles al servicio”.

Ante tales posturas encontradas, la Sala acoge la última de las mencionadas, según la cual, el reconocimiento de la pensión de invalidez no resulta incompatible con la indemnización recibida por el demandante, teniendo en cuenta además que el artículo 3.12 de la Ley 923 de 2004, estableció que “las indemnizaciones prestacionales por disminución de la capacidad psicofísica o por muerte son compatibles con la pensión o asignación de retiro que se llegare a otorgar, de conformidad con las normas que las regulan, sin que haya lugar a indemnización sustitutiva”.

Además, se considera en aplicación del principio de equidad que no se compadece con los hechos que han rodeado este caso, ordenar que al demandante se descuente el valor de la indemnización otorgada por la pérdida de capacidad laboral, en tanto los hechos en los que el demandante perdió la capacidad laboral, datan del año 1981, es decir han transcurrido 29 años desde que resultó herido en combate por el enemigo.



Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

Durante dicho lapso, como se acreditó en el expediente, las condiciones de salud del demandante han empeorado, y a la par, su situación económico social no es la mejor, pues afirmó en el curso del proceso ser habitante de la calle y sobrevivir de la venta de billetes de lotería.

Además, el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares adujo patologías que padece el demandante actualmente tales como diabetes e incluso problemas de tipo psicológico, que no fueron valoradas por no ser fruto del combate y no estar documentada su presencia para la época de los hechos. No obstante, ello no implica que dichas patologías no se encuentren presentes en la actualidad.

Lo anterior lleva a concluir a la Sala que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional, pues debido a su condición física, psicológica y social, merece una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva, y ello en criterio de esta Sala, permite aplicar el principio de equidad, para afirmar que transcurridos casi 30 años después de ocurridos los hechos, no resulta equitativo ordenar la devolución indexada de la indemnización dada en la época por su pérdida de capacidad laboral.

Lo anterior, porque los \$ 348.320 reconocidos en resolución No 2295 del 12 de abril de 1994 actualizados a la fecha de esta sentencia, ascienden a la suma de \$ 20.903.250, suma que constituye una carga que el demandante por su condición no debe soportar conforme a la protección constitucional que le asiste.

No resulta entonces equitativo ordenar el descuento de la suma indexada de lo pagado por concepto de indemnización y atendiendo a que existen criterios encontrados al interior del Consejo de Estado, esta Sala acoge entonces la postura según la cual, la

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

pensión de invalidez y la indemnización por pérdida de capacidad laboral no resultan incompatibles, razón por la cual no se ordenará descuento alguno de la condena aquí proferida.

## **5 De la prescripción**

La entidad demandada solicitó que en caso de prosperidad de las pretensiones, se declarara la excepción de prescripción, la cual estudiará la Sala, teniendo en cuenta lo siguiente:

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 423 del mismo año – norma que regulará la pensión de invalidez del demandante – estableció:

“ARTÍCULO 43. *Prescripción.* Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.”<sup>24</sup>

No obstante lo anterior, en cuanto a este último precepto el Consejo de Estado ha señalado que es aplicable la excepción de ilegalidad, en la medida en que, en su

---

<sup>24</sup> Dicho artículo fue demandado en nulidad ante el Consejo de Estado, quien negó las pretensiones concluyendo que “El primer inciso del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones previstas en dicha norma, no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189 ni del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por haber incurrido en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria al desarrollar la Ley 923 de 2004. Por lo expuesto, La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que se impone denegar las pretensiones de la demanda.” Ver sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ – Sentencia fechada del diez (10) octubre de dos mil diecinueve (2019) Referencia: NULIDAD con Radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015)

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

expedición, el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria toda vez que la prescripción no estaba contenida en la Ley 923 de 2004, norma que desarrolla<sup>25</sup>.

Por tal motivo, la Sala considera que debe aplicarse la regla sobre prescripción de derechos que contempla el ordenamiento jurídico en el régimen especial contenido el Decreto 1211 de 1990, artículo 174, que dispone:

ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

De manera pues que el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de cuatro años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición.

En el caso bajo estudio se tiene que la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez fue presentada por el demandante a través de apoderado judicial el 25 de junio de 2013 y la demanda fue presentada el 18 de marzo de 2014, en consecuencia, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 25 de junio de 2009.

Por lo anterior, la entidad demandada pagará las mesadas dejadas de percibir desde el 25 de junio de 2009, sin perjuicio de las mesadas que haya pagado la entidad en cumplimiento de la medida cautelar decretada en providencia del 12 de febrero de 2020.

---

<sup>25</sup> 67 En este sentido ver, entre otras, las providencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de septiembre de 2008, radicación: 25000 23 25 000 2007 00107 01(0628-08), Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, reiterada por la misma Subsección, sentencias del 27 de octubre de 2011, radicación: 2500002325000200800927 01 (0015-2011), Actor: Beatriz Pinto de Martínez; del 7 de febrero de 2013, radicación: 250002325000201100371 01 (1074-2012), Actor: Rigoberto Pérez Álvarez; y del 17 de mayo de 2012, radicación: 250002325000201001078 01 (1686-2011), Actor: Tiberio Rengifo Mercado.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

## **6 Costas**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, por resultar vencido en este proceso, se condenará en costas a la Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de junio de 2009.

**SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en el oficio No OF113-38573 MDNSGDAGPSAP del 30 de agosto de 2013, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reconocerá y pagará al señor DIÓGENES CASTRO SÁNCHEZ identificado con cédula de ciudadanía No 6.769.635, su pensión de invalidez conforme a lo establecido en el Decreto 923 de 2004 y con efectos fiscales a partir del 25 de junio de 2009. La mesada será reajustada anualmente conforme a la normatividad vigente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **Diógenes Castro Sánchez**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**  
Expediente : **15000-23-33-000-2014-00450-00**

**CUARTO.** Las sumas que resulten a favor del demandante se ajustarán tomando como base el IPC como lo prevé el inciso 4 del artículo 187 del C.P.C.A.

**QUINTO.** La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme al artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO.** Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional conforme a lo expuesto en la parte motiva. Su liquidación se hará por secretaría conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Se fija como agencias en derecho el 3% de lo pretendido conforme a lo establecido en el artículo 5 del acuerdo No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016.

**SÉPTIMO:** En firme la providencia, archívese el expediente, previas constancias y anotaciones pertinentes.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala No 2 en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
**Magistrado**

**CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**  
**Magistrada**

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
**Magistrado**