

**PENSION DE INVALIDEZ DE MIEMBRO DEL EJERCITO - Reconocimiento.
Valoración de incapacidad por la Junta Nacional de Invalidez**

La Sala estima que las conclusiones a que llegó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estuvieron plenamente soportadas en las disposiciones consagradas en el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones que son propios del régimen de la Fuerza Pública, es decir, a pesar de que no fue la autoridad encargada de valorar, dentro de su régimen, lo relativo a la disminución de la capacidad laboral, sí se sujetó a las normas que le son propias y los índices de discapacidad en ellas consagrados. Aunado a lo anterior, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es el superior funcional de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander y al ser quien decide en segunda instancia los recursos interpuestos contra lo resuelto por las Juntas Regionales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto 2463 de 2001 y ser la encargada de unificar los criterios de valoración de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 13 ídem, tiene, a juicio de la Sala, una competencia superior para la adecuada valoración de la capacidad psicofísica del actor, lo que permite tener en cuenta el índice de disminución de capacidad laboral dictaminado por ella, tal como lo hizo el a quo.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 238
NUMERAL 6 / DECRETO 2463 DE 2001 - ARTICULO 13

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 68001-23-31-000-2000-01612-01(1349-10)

Actor: JOSE DANIEL ARIZA CANTILLO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES NACIONALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, JOSÉ DANIEL ARIZA CANTILLO solicita al Tribunal declarar nulo el Oficio No. 335426 JDEH-DIPSO-PET-177 de enero 17 de 2000, expedido por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, mediante el cual se negó la pensión de invalidez, el reajuste de la indemnización y la bonificación equivalente al 30% de la indemnización, a causa de la incapacidad psicofísica absoluta y permanente que adquirió cuando se desempeñaba como Soldado Voluntario al servicio del Ejército Nacional.

Como consecuencia de tal declaración pide que se ordene reconocer y pagar las siguientes prestaciones: a) pensión mensual vitalicia de invalidez en cuantía de 100% del salario básico fijado para un Cabo Segundo o Marinero de las Fuerzas Militares o en el porcentaje que resulte probado, con fecha de efectividad del 15 de mayo de 1997, a causa de la incapacidad psicofísica y permanente sufrida cuando prestaba sus servicios como soldado voluntario en una Unidad del Ejército Nacional; b) indemnización por concepto de la invalidez, equivalente a 72 meses del sueldo básico recibido por un Cabo Segundo o Marinero o el total de meses que resulte probado y c) bonificación equivalente al 30% de la indemnización, por la incapacidad psicofísica; así mismo, solicitó ordenar la prestación oportuna de los servicios médicos, clínicos y hospitalarios que surjan como consecuencia de la incapacidad psicofísica que lo afecta; indexar las sumas que resulten como consecuencia de las condenas ordenadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.; descontar las sumas que hubiese recibido por los conceptos solicitados; ordenar el cumplimiento de la sentencia en el

término previsto en el artículo 176 del C.C.A., de lo contrario, reconocer los intereses consagrados en el artículo 177 ídem.

Relata el actor que fue seleccionado para prestar sus servicios como soldado voluntario del Ejército Nacional, por haber reunido los requisitos de aptitud física, razón por la cual a partir del 1º de mayo de 1991 prestó sus servicios en tal calidad en el Batallón de Contraguerrillas No. 5 “Los Guanes” con sede en la ciudad de Bucaramanga.

Afirma que estando en actividad, en combate contra el enemigo, sufrió graves lesiones que determinaron su retiro de la actividad militar, pues había perdido la aptitud psicofísica para prestar su servicio como Soldado.

Comenta que Sanidad Militar definió su situación psicofísica con el fin de indemnizarlo, lo que dio origen al Acta de Junta Medica Laboral No. 2311 de abril 24 de 1997 con un diagnóstico que declaró su no aptitud para el servicio y determinó un índice de disminución de la capacidad laboral del 41.16% ocurrida en el servicio y por causa y razón del mismo.

Relata que no estuvo de acuerdo con la decisión anterior, razón por la cual convocó a Tribunal Medico de Revisión Militar y de Policía, que en Acta No. 1363 de octubre 10 de 1997 confirmó en todas sus partes la decisión del Tribunal.

Informa que mediante Resolución No. 003239 de agosto 21 de 1998 el Ejército Nacional le reconoció una indemnización por valor de \$6.938.430.25.

Aduce que después de la desvinculación del servicio, el deterioro de

su salud ha sido ostensible, tanto que se encuentra incapacitado en forma permanente y absoluta y sus familiares han tenido que velar por su sostenimiento y atención médica.

Indica que el 3 de diciembre de 1997 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización, así como el 30% de la bonificación, reclamación que fue despachada en forma desfavorable mediante el oficio demandado.

Considera que con la decisión de la administración se violaron normas constitucionales y legales que consagran la protección de los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en el territorio Colombiano, la garantía y efectividad de esos derechos y la imparcialidad para asegurar los mismos.

Resalta que a pesar de que el Estado reconoció a su favor una indemnización a causa de las lesiones sufridas cuando estaba prestando su servicio como soldado voluntario, negó el derecho a la pensión de invalidez e indemnización sin valorar justamente las lesiones sufridas, lo que constituye una negación de los principios de protección laboral establecidos en la ley.

Aduce que no es justo ni equitativo haber ingresado con el pleno de sus facultades psicofísicas y ser desvinculado por haberlas perdido, sin el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho, derivadas de la disminución psicofísica.

Estima que al haber sufrido una incapacidad absoluta y permanente,

se genera a su favor el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en cuantía del 100% del sueldo básico o, por lo menos, el 75% de él; por lo tanto, la decisión de la administración es violatoria del artículo 215 de la Constitución Política que impide desmejorar los derechos prestacionales de los trabajadores, incluso en estado de emergencia económica.

Considera que de conformidad con lo previsto en los artículos 3º y 4º del Decreto 2728 de 1968 le asiste el derecho a la pensión e indemnización en los términos en que se reclaman, y la liquidación de la indemnización debe realizarse de conformidad con las tablas insertas en el artículo 88 del Decreto 094 de 1989; además, para el reconocimiento de la bonificación se debe acoger lo establecido en el artículo 4º del Decreto 298 de 1983.

Sostiene que en aplicación del derecho a la igualdad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reconocimiento de la pensión de invalidez a aquellos trabajadores que sufran una disminución de la capacidad laboral superior al 50%.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las peticiones de la demanda.

Después de realizar el análisis correspondiente a la objeción por error grave del dictamen pericial rendido por la Junta de Calificación de Invalidez de Santander practicada al demandante, y decidir tener en cuenta el dictamen pericial rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que desestimó las conclusiones a que llegó la Junta Regional, sostuvo que como se probó que la

disminución de la capacidad psicofísica del actor es superior al 75%, era procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada.

Argumentó que como el acto administrativo que reconoció la indemnización no fue controvertido y por ello quedó en firme y ejecutoriado, la solicitud que dio origen al acto demandado no revive los términos para debatir el porcentaje en que se reconoció el mismo, pues se trata de actos autónomos e independientes y la firmeza de la primera decisión no dependía de lo que se resolviera respecto a la segunda que, se repite, dio origen al oficio que aquí se acusa.

La sentencia recurrida fue aclarada mediante providencia de 22 de octubre de 2009, en la que se precisó lo relativo al grado que ha de tenerse en cuenta para efectos de determinar el sueldo con base en el cual se debe reconocer la pensión.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el Ministerio de Defensa Nacional la apeló en la oportunidad procesal. Afirmó que la capacidad psicofísica de los miembros de la fuerza pública debe ser valorada por autoridades medico laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y no por las Juntas de Calificación de Invalidez, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2463 de 2001.

Considera que una vez expedidas las decisiones que fueron consecuencia del informe administrativo por lesiones y la resolución en la que se

hizo el reconocimiento de prestaciones sociales por ese concepto, que no fue controvertida y por ello cobró firmeza, allí quedó definida la actuación administrativa; por lo tanto, el acto debió ser acusado en la oportunidad correspondiente y no pretender revivir términos cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

Estima que una solicitud, en ejercicio del derecho de petición, no puede convertirse en una forma de revivir los términos con que contaba el demandante para atacar las decisiones adoptadas como consecuencia de las lesiones sufridas, con miras a acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Cita, *in extenso*, el concepto No. 1.558 de abril 22 de 2004 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, relativo a la naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas para el reconocimiento de prestaciones sociales por lesiones y de allí concluye que no es procedente tomar en cuenta el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para determinar el índice de disminución de la capacidad psicofísica de los miembros de las Fuerzas Militares, pues para ello debe darse prevalencia al criterio de especialidad y, en tales condiciones, hacer prevalecer el concepto del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Sostiene que el régimen prestacional aplicable a los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial y excepcional y, en material de evaluación de capacidad psicofísica, disminución de ella y reconocimiento de incapacidades, indemnizaciones y pensiones se rige por los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000.

Aduce que los regímenes especiales no vulneran el derecho a la igualdad ni otras disposiciones de la Carta Política y tienen fuerza vinculante para los sometidos a ellos; por lo tanto, la acogida de la valoración de la disminución de la capacidad psicofísica realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez transgrede el régimen especial por el que está cobijado el accionante.

Precisa que en un Estado Social de Derecho, es necesario que las personas estén vinculadas a un solo sistema de seguridad social bien sea general o especial, con el fin de garantizar la cobertura y racionalizar recursos humanos y financieros; además, la justificación de la existencia de los regímenes especiales surge de la naturaleza de la relación laboral, de la entidad y de las funciones propias del cargo y su finalidad; para el caso de la Fuerza Pública, consiste en brindar beneficios adicionales, en este caso, en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Insiste que las decisiones del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que es la última instancia frente a las reclamaciones formuladas contra las decisiones de menor jerarquía, son irrevocables y obligatorias, y contra ellas solo proceden las acciones judiciales correspondientes.

Concluye señalando que en el caso bajo análisis, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada, toda vez que el índice de disminución de la capacidad laboral determinado por la autoridad competente en 41.16%, impide acceder a ese derecho.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

La parte accionante tiene la facultad de pedir la anulación de los actos y para probar su dicho puede valerse de las pruebas que estime convenientes, siempre y cuando sean legales.

El recurrente pretende hacer incurrir en error, al referirse a los dictámenes proferidos en sede administrativa, confundiéndolos con actos administrativos y alegando su firmeza, sin que ello sea de recibo, toda vez que se trata de actos de trámite con base en los cuales se fundamenta la decisión adoptada en el acto acusado.

Sería razonable que hubiera una previsión que estableciera el mecanismo de revisar los dictámenes periciales, toda vez que las lesiones como las que son objeto del proceso, generalmente evolucionan desfavorablemente en perjuicio del evaluado.

De conformidad con la jurisprudencia relacionada con la primacía de los dictámenes periciales rendidos en sede judicial, los reparos que la administración tenía frente al índice de discapacidad declarado, debió realizarlos mediante el trámite correspondiente, para que se precisara lo pertinente; además, en el expediente no aparece demostrado que el índice de discapacidad fuera producto de causas diferentes a las ocurridas cuando el accionante estaba prestando sus servicios a la entidad.

Como la fecha en que se certificó que el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica era mayor al 75%, es la fecha de la valoración por parte de la Junta Nacional de Invalidez la que se debe tomar como punto de partida para el reconocimiento pensional, toda vez que con anterioridad no se había determinado ese porcentaje, que diera lugar al reconocimiento prestacional; por la misma razón tampoco procede la compensación de la indemnización reconocida.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad del Oficio No. 335426 JDEH-DIPSO-PET-177 de enero 17 de 2000 expedido por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la reliquidación de la indemnización y el reconocimiento de la bonificación equivalente al 30% de la indemnización, reclamadas por el señor José Daniel Ariza Cantillo.

El demandante fue incorporado al Ejército Nacional, como soldado voluntario en el Batallón Contraguerrillas No. 5, a partir del 19 de octubre de 1989, como se verifica en la constancia cuya copia obra a folio 102 del expediente.

El señor Ariza Cantillo estando al servicio del Ejército Nacional, en su condición de Soldado Voluntario, sufrió una lesión que dio lugar al informativo por lesiones de fecha 22 de agosto de 2005, visible a folio 128 del expediente, en el que se expresó:

“EL DÍA 16 DE AGOSTO DE 1995, FUE INTERNADO EN EL HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGA EL SOLDADO PROFESIONAL JOSÉ DANIEL ARIZA QUIEN PRESENTABA GRAVES PROBLEMAS DE INFLAMACIÓN E INTENSO DOLOR EN LA RODILLA DERECHA.

ESTAS DOLENCIAS VENÍAN A RAÍZ DE UN GOLPE RECIBIDO POR UNA PIEDRA A TRATAR DE PROTEGERSE DE UN ATAQUE DEL ENEMIGO INMEDIATAMENTE DE UN CONTACTO ARMADO CON LA GUERRILLA EN UN ÁREA, PERTENECIENTE AL PLAN DE BARRANCABERMEJA. EL SOLDADO PROFESIONAL POSTERIORMENTE AL CONTACTO SIGUIÓ PATRULLANDO PERO DESAFORTUNADAMENTE SE ACRECENTARON SUS DOLENCIAS Y SEGÚN VEREDICTO MEDICO SE TRATABA DE PROBLEMAS DE MENISCOS Y FUE INTERVENIDO QUIRÚRGICAMENTE.

DE ACUERDO AL DECRETO No. 94 DE 1989, ARTÍCULO 35 LITERAL B, LA LESIÓN DEL SOLDADO PROFESIONAL JOSE DANIEL ARIZA OCURRIÓ EN EL SERVICIO Y POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO.”

Lo anterior dio lugar a la valoración por parte de la Junta Medica Laboral, que levantó el Acta No. 2311 de abril 24 de 1997, en la que se llegó a las siguientes conclusiones:

“Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones.

TRAUMA ACÚSTICO QUE DEJA COMO SECUELA: a. HIPOACUSIA DE 30 DECIBELES (TREINTA) lateral.

TRAUMA DE COLUMNA LUMBAR QUE DEJA COMO SECUELA: a. LUMBALGIA CRÓNICA.

TRAUMA DE RODILLA DERECHA QUE DEJA COMO SECUELA: a. DOLOR A LA FLEXIÓN DE RODILLA DERECHA.

Clasificación de las lesiones o afecciones y clasificación de capacidad sicofísica para el servicio.
SE DETERMINA INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE
NO APTO.

Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

SE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL CUATENTA Y UNO PUNTO DIECISÉIS POR CIENTO (41.16%).

Imputabilidad del servicio

LESIÓN 1, 2 y 3 EN EL SERVICIO Y POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO DE ACUERDO A INFORMATIVO RELACIONADO ANTERIORMENTE.”

El demandante no estuvo de acuerdo con la valoración anterior, razón por la cual solicitó concepto del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía (fl. 85), que después de la valoración practicada, mediante Acta No. 528 de octubre 10 de 1997 decidió ratificar lo decidido por el Tribunal, sin necesidad de solicitar nuevos conceptos médicos.

Como consecuencia de las lesiones anteriores, el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional profirió la Resolución 003239 de agosto 21 de 1998 (fl. 121), mediante la cual reconoció y ordenó el pago de una indemnización por disminución de la capacidad laboral a favor del demandante, con base en el sueldo de Cabo Segundo.

Así mismo, el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional profirió la Resolución No. 004304 de septiembre 4 de 1998 (fl. 122), por la cual le reconoció una bonificación por el tiempo laborado, de conformidad con lo previsto en la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991.

El demandante, mediante petición de fecha diciembre 4 de 1997 (fl. 142) solicitó el reconocimiento y pago de: a) pensión de invalidez en el 100% de los últimos haberes devengados; b) indemnización doblada, equivalente a 72 meses de los últimos haberes devengados, por la incapacidad adquirida estando

al servicio del Ejército; c) bonificación correspondiente al servicio prestado como Soldado Voluntario desde el 1º de mayo de 1991 hasta el 15 de mayo de 1997; d) doceavas partes de la prima de navidad, correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de enero y el último de abril de 1997; e) bonificación en cuantía del 30% de valor de la indemnización, por haberse producido la incapacidad en forma absoluta y permanente en combate contra el enemigo y f) las demás prestaciones sociales, primas y subsidios que resulten de la reclamación.

El Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional resolvió la solicitud anterior mediante el Oficio No. 335426 JEDEH-DIPSO-PET-177 de enero 17 de 2000, en el que negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en el entendido de que el Decreto 94 de 1989 consagra ese derecho para quienes tengan una pérdida de capacidad psicofísica superior al 75% y, como no es su caso, pues el porcentaje declarado por la Junta Médica y ratificado por el Tribunal Médico es de 41.16%, ello impide su reconocimiento.

En la demanda se reclama el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la reliquidación de la indemnización por disminución de la capacidad laboral y la bonificación equivalente al 30% de la indemnización causada por la indemnización; el a quo ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y negó las demás pretensiones, decisión que no fue objeto de censura por parte del demandante, razón por la cual el estudio de la controversia sólo se circunscribirá a analizar si le asiste o no el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, en los términos en que la ordenó el tribunal de instancia, a la luz de los argumentos de oposición dados por la entidad demandada en el escrito del recurso, como sigue:

En primer término, debe aclararse que para efecto de la reclamación del reconocimiento de *la pensión de invalidez*, no es cierto, como se pretende en el recurso, que los actos que debieron demandarse fueron los que reconocieron las prestaciones sociales como consecuencia de su incapacidad psicofísica, pues si bien mediante Resoluciones Nos. 003239 de agosto 21 de 1998 y 004304 de septiembre 4 de 1998 el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional se ordenó el reconocimiento y pago de unas prestaciones a causa del retiro del servicio y la disminución de la capacidad laboral sufrida en servicio por el actor, en ellas nada se consideró ni se decidió respecto de la pensión de invalidez que fue motivo de reclamación posterior por parte del actor, mediante petición visible a folio 142 y que dio origen al acto que hoy se acusa y que es válidamente demandable, para efecto de reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez aquí pretendida.

Ahora bien, el artículo 89 del Decreto 0094 de 1989 *“Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”* consagró el derecho a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

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

a) El 50% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.

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

En sede administrativa el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, ratificó el porcentaje de 41.16% de disminución de la capacidad laboral determinada por la Junta Médica Laboral efectuada por Sanidad del Ejército; sin embargo, el demandante en sede judicial controversió las decisiones adoptadas y para ello solicitó la práctica de un dictamen pericial que el a quo ordenó realizarlo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que en Acta No. 719 de octubre 11 de 2005 (fl. 177) dictaminó un índice de disminución de la capacidad laboral de 41.16%.

El demandante objetó “por error grave” el anterior dictamen, mediante memorial que obra a folios 180 y 181 porque consideró que es contrario a la Constitución y a la ley y, para efecto de resolver lo pertinente, solicitó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como instancia superior y competente, emitiera dictamen definitivo.

La entidad guardó silencio ante el traslado que se corrió respecto de la objeción¹, razón por la cual, se ordenó la práctica de la prueba pericial ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que en el dictamen No. 13108 de enero 26 de 2007, examinó lo siguiente:

“EXAMENES Y PRUEBAS
Columna lumbosacra del 18 de enero de 2007: espondilolistesis grado II de L5/S1 con espónlilolisis de L5. Discopatía L5-S1.

¹ Como consta a folio 182.

Hiperlordosis lumbar.

Rodillas comparativas del 18 de enero de 2007: cambios de osteoartrosis.

Cuello de pie derecho del 18 de enero de 2007: secuela de lesión traumática antigua.

Valoración por psicología del 20 de enero de 2007: depresión severa o extrema la cual se tiende a cronificar debido a que las variables no cambian. Síntomas que causan un malestar clínicamente significativo y deterioro social y laboral, además de otras áreas importantes para la vida del paciente.

Audiometría realizada el 18 de enero de 2007: Hipoacusia neurosensorial moderada bilateral con una suma de decibeles perdidos de 43.75 en oído derecho y 62.5 en oído izquierdo.

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN

Una vez revisada la historia clínica, oído el concepto de la terapeuta ocupacional de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez procede a calificar de acuerdo con lo establecido en el Decreto No. 0094 de 11 de enero de 1989:

DIAGNÓSTICO	NUMERA L	INDICE
Trauma acústico (40 a 50 dBs)	6-03.5	11
Espondilolistesis, espondiolisis y discopatía L5-S1	1-062	15
Artrosis rodilla derecha, limitación A.M.A.	1-190	10
Depresión reactiva severa extrema	3-04	14

Cálculo de la disminución de la pérdida de capacidad laboral con varios índices aplicando la siguiente fórmula (...)

En el caso que nos ocupa la pérdida de la capacidad laboral corresponde al 89.7%".

Al resolver la objeción por error grave, el a quo acogió en su totalidad el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por considerar que la Junta Regional de Calificación de Invalidez se fundamentó en índices diferentes a los tomados en cuenta por la Junta Nacional, lo que dio un

menor grado de incapacidad, pero por ser esta última, superior funcional de la primera y ser quien tiene la competencia para revisar las decisiones de ésta, consideró viable acogerse a lo resuelto por el ente superior.

La anterior decisión tiene total sustento en lo dispuesto en el artículo 238 numeral 6º del C.de P.C. que establece:

“Artículo 238.- Para la contradicción de la pericia se procederá así:

(...)

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; **el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción** o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.”

El punto de debate por parte del Ministerio demandado consiste en que los dictámenes rendidos por la Junta Regional o Nacional de Invalidez, no tienen la magnitud para desvirtuar lo dictaminado por el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, por ser ésta la autoridad competente para valorar los índices de disminución de la capacidad laboral de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

La Sala observa que el anterior argumento se dirige a controvertir, como tal, el decreto de la prueba, pues su fundamentación se refiere a la presunta falta de competencia de la autoridad que rindió el dictamen, para valorar los índices de capacidad laboral del demandante, por haber sido éste, miembro del Ejército Nacional, lo que permite concluir que si la entidad no estaba de acuerdo con el decreto de dicha prueba, debió recurrir, en su momento, la decisión del a

quo mediante la cual se decretó que el dictamen fuera rendido por la Junta Regional de Calificación Invalidez² y, posteriormente, la decisión que decretó la prueba pericial para resolver la objeción por error grave orientada a que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez³ hiciera la valoración correspondiente, pero como no controvirtió ninguna de esas decisiones, se entiende que se acogía a lo que resultara probado, después de tales valoraciones.

La entidad demandada tampoco solicitó aclaración o complementación del dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como era procedente, si no estaba de acuerdo con el índice de disminución de capacidad laboral decretado por ésta, al tenor de lo consagrado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con lo previsto en el numeral 5º del artículo 238 ídem, lo que constituye una aceptación de lo dictaminado por ésta.

Además, la Sala estima que las conclusiones a que llegó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estuvieron plenamente soportadas en las disposiciones consagradas en el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones que son propios del régimen de la Fuerza Pública⁴, es decir, a pesar de que no fue la autoridad encargada de valorar, dentro de su régimen, lo relativo a la disminución de la capacidad laboral, sí se sujetó a las normas que le son propias y los índices de discapacidad en ellas consagrados.

² Auto de decreto de pruebas de fecha 11 de octubre de 2001 (fls. 73 a 74).

³ Auto de 5 de julio de 2006 (fl. 188).

⁴ De conformidad con el dictamen rendido, se tuvo como base, entre otras normas, el Decreto 0094 de 1989 "Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional"

Aunado a lo anterior, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es el superior funcional de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander y al ser quien decide en segunda instancia los recursos interpuestos contra lo resuelto por las Juntas Regionales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto 2463 de 2001 y ser la encargada de unificar los criterios de valoración de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 13 ídem, tiene, a juicio de la Sala, una competencia superior para la adecuada valoración de la capacidad psicofísica del actor, lo que permite tener en cuenta el índice de disminución de capacidad laboral dictaminado por ella, tal como lo hizo el a quo.

En las anteriores condiciones, al haberse probado que la disminución de capacidad laboral del actor corresponde a un 89.7%, ello le daba derecho al actor, a que se reconociera a su favor una pensión de invalidez en el 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo del Ejército Nacional conforme a lo consagrado en los artículos 60 y 90 del Decreto 0094 de 1989, lo que lleva a confirmar la decisión proferida por el a quo, que se pronunció en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de mayo de 2009 que accedió a reconocer y pagar a favor de

José Daniel Ariza Cantillo, una pensión de Invalidez a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO