

PENSION DE INVALIDEZ / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL / PROHIBICIÓN DE FALLOS INHIBITORIOS

[...] [C]ondicionar un pronunciamiento de fondo a que se haya incluido o no un acto en las pretensiones de nulidad de la demanda es violatorio del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva cuando pueda establecerse que: 1. En todo caso, el acto cuya nulidad no se rogó en forma expresa reposa en el expediente, de manera que el juez tiene conocimiento pleno de su contenido. 2. La prosperidad de las pretensiones de restablecimiento del derecho supondría la declaratoria de nulidad del acto administrativo no demandado. 3. El juez, habiendo podido advertir y corregir la omisión en comento, no lo hizo. 4. El o los derechos objeto de disputa judicial son de carácter fundamental y guardan una íntima conexión con el deber del Estado consistente en garantizarle a sus asociados una vida en condiciones dignas, como sucede con los derechos mínimos e irrenunciables de naturaleza laboral y los derechos derivados de la seguridad social, en especial, aquellos referidos a las pensiones de vejes, invalidez y sobrevivientes [...] a efectos de no comprometer el respeto de derechos como el de acceso a la administración de justicia y el de protección especial que merecen las personas en condiciones de discapacidad, el juzgador de primera instancia debió adoptar todos los medios de saneamiento necesarios para evitar dictar un fallo inhibitorio. Sin embargo, no habiéndolo hecho, esta no debió ser una razón para no resolver real y efectivamente la controversia [...] que el *a quo* hubiese decidido a través de sentencia que la demanda no se presentó en debida forma porque no se pretendió la nulidad del Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 y, con base en ello, se hubiese abstenido de pronunciarse de fondo sobre el objeto de la *litis* es una exigencia excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la normativa constitucional y los instrumentos internacionales incorporados al orden interno imponen la remoción de los obstáculos meramente formales que impidan la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia, lo que sin lugar a dudas se acentúa si se tiene en cuenta que en el proceso se discuten derechos que, por un lado, constituyen beneficios mínimos e irrenunciables en materia de seguridad social y, por el otro, se predicán de una persona que merece especial protección del Estado [...]

PENSION DE INVALIDEZ / MIEMBROS FUERZA PÚBLICA / LEY 923 DE 2004

[...] [E]n la actualidad los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario 1157 de 2014. Del análisis anterior, conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez: i) La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez. ii) La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo. iii) La calificación de

pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material [...]"

PENSIÓN DE INVALIDEZ E INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA / INCOMPATIBILIDAD

[...] [L]a indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez son incompatibles toda vez que la contingencia que 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 [...]"

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., 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

Referencia: Pensión de invalidez de soldado regular. Aplicación de la Ley 923 de 2004 respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral exigido. Incompatibilidad de la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y de la pensión de invalidez. Improcedencia de intereses de mora.

I. ASUNTO

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Decreto 01 de 1984, el señor Hubert Fernando Ospina Puerta, por conducto de apoderado, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional¹.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto generado con ocasión de la falta de respuesta al derecho de petición que elevó el demandante el 30 de noviembre de 2011 ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.
2. Subsidiariamente, se declare la nulidad del Oficio 17515 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DISAN-AJ-22 del 2 de enero de 2012, por medio del cual la demandada negó la solicitud del señor Hubert Fernando Ospina Puerta para que le fuera practicada una nueva junta médico laboral.
3. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez en aplicación del Decreto 1796 de 2000, prestación que deprecó desde el momento en que resultó inválido, según se determine.
4. Subsidiariamente, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar la indemnización que por ley corresponda de acuerdo a grado de pérdida de capacidad laboral que se fije.
5. Se condene a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de mayo de 2008.
6. Se ordene a la demandada ajustar las condenas tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.
7. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
8. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

¹ Ff. 13-23, cuaderno principal.

1. El señor Hubert Fernando Ospina Puerta prestó sus servicios en el Ejército Nacional (i) en calidad de soldado campesino, entre el 12 de noviembre de 2005 y el 12 de mayo de 2007 y (ii) en condición de soldado profesional, desde el 6 de junio de 2007 hasta el 30 de mayo de 2008, por desacuartelamiento del servicio militar.
2. La historia clínica del demandante refleja que, desde el año 2007, ha sido diagnosticado y tratado por patologías psiquiátricas atribuibles a las situaciones de combate en que puso su vida e integridad en peligro, pudiéndose establecer que padece una enfermedad mental crónica incapacitante que requiere manejo farmacológico constante.
3. El 30 de noviembre de 2011, vía correo electrónico, solicitó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que le calificara su pérdida de capacidad laboral y, conforme a esta, le reconociera el derecho a la pensión de invalidez.
4. Mediante Oficio 17515 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DISAN-AJ-22 del 2 de enero de 2012, la entidad demandada le informó que ya existía un acta de junta médico laboral, la 21355 del 31 de octubre de 2007, que dictaminó una disminución de la capacidad laboral del 10%. En consecuencia, se negó a practicar una nueva evaluación.

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 29, 48 y 90 de la Constitución Política; 83, 138, 161 y 192 del CPACA; 39 del Decreto 1796 de 2000; 15, 47, 79, 82, 86, 87, 88 y 90 del Decreto 94 de 1989; el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993; los artículos 46 y 48 del Decreto 1295 de 1994; y la Ley 776 de 2002.

Como concepto de violación, explicó que los actos administrativos acusados adolecen de nulidad por violación de las normas en que deben fundarse. En un primer momento, se ocupó de resaltar la existencia del régimen especial aplicable a la Fuerza Pública en materia prestacional y de seguridad social, señalando al respecto que, en su caso, resultaba aplicable el Decreto 1796 de 2000, cuyo artículo 39 consagra el derecho a la pensión de invalidez para el soldado que presente una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

En todo caso, señaló que, de manera subsidiaria, debía tenerse en consideración la jurisprudencia del Consejo de Estado que, aplicando el principio de favorabilidad, ha permitido acudir al régimen general de pensiones para admitir el reconocimiento de la prestación deprecada cuando la pérdida de la capacidad laboral iguale o supere el 50%.

Seguidamente, agregó que la entidad demandada ha debido aplicar el Decreto 94 de 1989 para valorar su incapacidad, determinándola como absoluta y permanente y, en consecuencia, reconocerle la pensión de invalidez y la respectiva indemnización, de conformidad con las tablas contenidas en sus artículos 87 y 88.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional mediante apoderado, presentó de manera oportuna escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Con tal fin, propuso como excepciones las que denominó:

- «Legalidad del acto administrativo demandado». Adujo que el Oficio 17515 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DISAN-AJ-22 del 2 de enero de 2012 se encuentra cobijado por la presunción de legalidad de que trata el artículo 88 del CCA. Explicó que no era posible convocar a una nueva junta médico laboral toda vez que la situación del demandante ya se había definido en Acta 21355 del 31 de octubre de 2007 en la que se estableció una disminución de la capacidad laboral del 10%, según lo previsto en el Decreto 1796 de 2000. Frente a la prestación de servicios médicos, adujo que el señor Hubert Ospina no goza de la calidad de afiliado o beneficiario, en los términos del citado decreto.
- «Inexistencia de la obligación». Indicó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que padece el demandante impide que se den los supuestos para que surja el derecho a la pensión de invalidez que contempla el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000. Agregó que tampoco podría efectuarse el reconocimiento prestacional con sustento en la Ley 100 de 1993 como quiera que su artículo 279 exceptiona a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social. En cuanto a la pretensión consistente en que se le reconozca una indemnización, adujo que ya había sido satisfecha a través de la Resolución 77804 del 8 de julio de 2008.

Seguidamente, sostuvo que la referida acta de calificación le fue notificada en debida forma al señor Hubert Fernando Ospina el 19 de diciembre de 2007 y que su apoderado renunció expresamente a los términos con el ánimo de acceder a la indemnización prevista en el Decreto 1796 de 2000.

Por último, adujo que, en el evento de que las pretensiones se resolvieran favorablemente, se debía dar aplicación a la prescripción trienal de que trata el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, como también ordenarse el descuento de las sumas que ha pagado la entidad por concepto de prestaciones sociales e

² Ff. 68-80, cuaderno principal.

indemnizaciones, según consta en las Resoluciones 77804 del 8 de julio de 2008 y 78057 del 21 de julio de 2008.

IV. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial⁴ en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones (art. 180-6 CPACA)

[...] Observa el despacho que no hay excepciones previas que resolver, ya que las enunciadas en la contestación como “Legalidad del acto administrativo demandado”, e “inexistencia de la obligación”, serán resueltas al momento de proferirse sentencia [...]

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁵

[...] Debe determinarse si el demandante, en calidad de ex soldado profesional tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, le reconozca una pensión de invalidez, en razón a que, en (sic) estando en servicio sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 10% ocasionada por enfermedad común [...]

Respecto de esta decisión, la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional manifestó estar de acuerdo. El demandante, de otro lado, no asistió a la diligencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

⁴ Ff. 170-173, cuaderno principal.

⁵ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

⁶ Ff. 238-245, cuaderno principal.

En esta oportunidad procesal, indicó que a lo largo del proceso se logró probar tanto la prestación del servicio del demandante como soldado campesino y, posteriormente, como soldado profesional hasta el 30 de mayo de 2008, cuando fue retirado del servicio activo al ser declarado no apto por la junta médico laboral.

Además, señaló, se pudo acreditar su condición de invalidez a través del Dictamen 1061654193 proferido el 25 de mayo de 2015 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, que determinó una pérdida de capacidad laboral de 85% de origen común, con fecha de estructuración el 3 de septiembre de 2007.

De acuerdo con ello, afirmó que la pensión de invalidez, como una manifestación de la seguridad social, tiene el carácter de derecho fundamental y goza de una clara garantía consagrada en la Constitución Política y en instrumentos internacionales, tales como la Conferencia 89 de 2001 de la OIT, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A continuación, hizo referencia a los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000 con el fin de precisar que ambos consagraron el derecho pensional en cuestión para el soldado que presente una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, mientras que la Ley 923 de 2004 disminuyó la exigencia de dicho porcentaje a 50%, lo cual quedó ratificado con la declaratoria de nulidad parcial del artículo 30 del Decreto Ley 4433 de 2004 en cuanto había dispuesto que el derecho a la pensión de invalidez surgía con una disminución de la capacidad laboral del 75%.

En armonía con lo expuesto, concluyó que, al padecer una pérdida de capacidad laboral del 85%, debía reconocérsele el derecho reclamado de acuerdo con la Ley 923 de 2004, la que resultaba aplicable en atención a la fecha de retiro del servicio y la de estructuración de la invalidez.

Parte demandada⁷

La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional afirmó que para que pudiera reconocerse el derecho deprecado se requería una merma de capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida durante el servicio activo y por causa de este, de manera que únicamente podrían tenerse en cuenta los porcentajes arrojados por índices que correspondan a lesiones así adquiridas.

Con base en ello, precisó que el señor Hubert Fernando Ospina Puerta no tiene derecho a la pensión de invalidez porque (i) la llamada a calificar su pérdida de capacidad labora era la junta médico laboral de las Fuerzas Militares; (ii) esta determinó que su porcentaje asciende a un 10% por diagnóstico de episodios

⁷ Ff. 246-252, cuaderno principal.

psicótico agudo secundario a consumo de sustancias psicoactivas y trastorno del comportamiento; (iii) el origen de tales afecciones es el de una enfermedad común ya que la lesión se produjo en el servicio pero no por causa y razón del mismo.

Explicó que la calificación del 85% de disminución de la capacidad laboral que definió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander se basó en diferencias de criterios en cuanto a la valoración del diagnóstico, ya que esta concluyó que el padecimiento del demandante obedece a esquizofrenia paranoide.

De otro lado, insistió en que, en virtud del régimen especial por el que se rige la Fuerza Pública, no es viable la aplicación de la Ley 100 de 1993; descartó la violación del derecho a la igualdad alegada por la demandante; y reiteró la solicitud para que, en caso de acceder a las pretensiones, opere la prescripción trienal y el descuento de lo pagado por la entidad por concepto de prestaciones sociales e indemnización.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸

La Procuraduría 52 Judicial II Administrativa de Arauca rindió concepto en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda pues, si bien se pudo establecer que las afecciones mentales que padece el demandante se produjeron durante el periodo prestacional, la pérdida de capacidad laboral del 10% que le fue definida no permite que se satisfagan los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez ni en aplicación del régimen especial ni en el del general que consagra tal prestación en el artículo 9 de la Ley 776 de 2002.

En relación con la petición de reconocimiento y pago de una indemnización, indicó que no resultaba coherente solicitar que se aplicara el régimen general y, de manera concomitante, las indemnizaciones del régimen especial de las Fuerzas Militares, fraccionamiento que estaría vedado por el principio de inescindibilidad de las leyes.

VII. SENTENCIA APELADA⁹

Mediante sentencia del 19 de noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Arauca denegó las pretensiones de la demanda al considerar que, como lo que en realidad pretende el señor Hubert Fernando Ospina Puerta es que se modifique el Acta 21355 del 31 de octubre de 2007 proferida por la junta médico laboral del Ejército Nacional para así acceder a la pensión o a una indemnización mayor, debió haberla demandado pues, en tal caso, dicho acto administrativo tiene carácter definitivo y, por ende, es impugnabile ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Esta posición la sustentó en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 29 de enero de 2015 en el expediente identificado con número interno 0103-2013. En cuanto a las costas, se

⁸ Ff. 253-256, cuaderno principal.

⁹ Ff. 258-263, cuaderno principal.

abstuvo de imponer condena alguna por encontrar que no se acreditó que se hubieren causado.

VIII. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN¹⁰

El apoderado del señor Hubert Fernando Ospina Puerta presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, al considerar que esta

- Desconoce que el derecho de acceso a la administración de justicia, que es de carácter fundamental, implica una decisión efectiva y real frente al derecho invocado.
- Olvida que el derecho a la pensión es imprescriptible, de manera que puede reclamarse en cualquier momento en virtud de su importancia para asegurar una vida en condiciones dignas.
- Pasa por alto el hecho de que, en el acontecer natural, una patología puede evolucionar progresivamente, tan es así que en el caso del demandante la misma patología pasó de producir un 10% de merma de capacidad laboral a un 85%. En ese orden de ideas, debe entenderse que el derecho deprecado no surge de la valoración inicial sino de la revisión de la calificación cuando habían transcurrido cuatro años desde el momento del retiro del servicio. Agregó que no hay norma que prescriba como presupuesto de la demanda atacar conjuntamente ambos actos, ya que no hacen parte de un acto complejo.
- La sentencia del 29 de enero de 2015 en que el *a quo* basó su decisión no es precedente judicial y sus supuestos fácticos difieren del presente caso debido a que el demandante en aquel proceso si acusó la nulidad del acta de calificación inicial como acto definitivo mientras que, en el *sublite*, se predica la nulidad del que negó la revisión de la evaluación inicial. Añadió que el juez de primera instancia le dio una lectura errada a aquella providencia, sacándola de contexto y desconociendo el propósito noble que le inspiró que no fue otro que garantizar el acceso a la administración de justicia para quienes optan por demandar las calificaciones de la junta médica laboral.
- Anotó que tampoco podría considerarse que existe caducidad pues este fenómeno no debe analizarse de cara a la calificación inicial sino respecto de los actos administrativos efectivamente demandados.

Dicho lo anterior, reiteró los argumentos expuestos en los alegatos que presentó en la primera instancia para justificar las razones por las cuales le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que solicita.

¹⁰ Ff. 268-280, cuaderno principal.

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹¹

En esta oportunidad procesal, reprodujo los argumentos que expuso en el recurso de apelación.

Parte demandada

No hizo uso de esta oportunidad procesal.

X. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto en esta instancia procesal.

XI. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Resulta procedente exigir que se hubiese controvertido judicialmente el Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto?
2. ¿El señor Hubert Fernando Ospina Puerta tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez? En caso afirmativo, la Sala responderá si:
3. ¿Son incompatibles la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez y, por ende, hay lugar a ordenar que de la segunda se descuente lo pagado al señor Hubert Fernando Ospina Puerta con ocasión de la primera?
4. ¿Operó el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante?
5. ¿La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional debe reconocer y pagar al demandante los intereses de mora de que trata el

¹¹ Ff. 302-313, cuaderno principal.

artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas?

Primer problema jurídico

¿Resulta procedente exigir que se hubiese controvertido judicialmente el Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto?

En aras de responder este interrogante, la Sala abordará el estudio de los siguientes *items* (i) protección especial de las personas en situación de discapacidad; (ii) el derecho de acceso a la administración de justicia y las sentencias inhibitorias; (iii) caso concreto.

(i) Protección especial de las personas en situación de discapacidad

Históricamente, la población en condición de discapacidad han sido objeto de exclusión y discriminación social en forma injustificada, situación que con el tiempo condujo a una lucha por la defensa de sus derechos cuyos inicios más incipientes pero notables se remontan a la época de la Segunda Guerra Mundial, en virtud del altísimo impacto que tuvo esta en la materia.

La conquista de los derechos de estas personas se ha expresado en diferentes normas de carácter vinculante tanto a nivel nacional como internacional que propenden por el reconocimiento de todas las garantías que les asisten como sujetos de plenos derechos. Así, el orden interno, consagra a su favor una protección constitucional reforzada en los artículos 13¹² y 47¹³ superiores, mientras que a nivel internacional existen múltiples convenciones y otros instrumentos de naturaleza jurídico-vinculante que le imponen al Estado colombiano el compromiso de promover el ejercicio de sus derechos a través de la consagración de acciones afirmativas, entendidas estas como toda medida, política o decisión pública que, para favorecer a determinadas personas que tradicionalmente han sido marginadas, establezca un trato ventajoso en aras de lograr la igualdad material en una determinada sociedad.

¹² «ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.»(Negrilla y subraya fuera del texto original).

¹³ «ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.»

El impacto que han tenido estos instrumentos internacionales al interior del ordenamiento jurídico interno no ha sido escaso. En efecto, hoy en día se habla del control de convencionalidad¹⁴ como una manifestación de lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión «control difuso de convencionalidad», el cual implica el deber del juez de efectuar un análisis respecto de la compatibilidad entre las disposiciones internas con los tratados internacionales, así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En virtud de este control¹⁵ todo acuerdo, pacto, tratado, protocolo, convenio y convención suscrito entre Colombia y otros Estados o sujetos de derecho internacional en cuanto a derechos humanos, debe ser aplicado de forma preferente en nuestro ordenamiento jurídico.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en la ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999¹⁶ por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, constituye una de las regulaciones internacionales más relevantes que hace parte del control de convencionalidad en esta materia. Dicha Convención tiene como objetivo general contribuir a la eliminación de la discriminación¹⁷ contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad.

Otros instrumentos internacionales que promueven igualmente la protección de los derechos de esta población son **i)** el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, **ii)** la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸, **iii)** la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983, **iv)** la Recomendación 168 de la OIT de 1983, **v)**

¹⁴ Cfr. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. «La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática», en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Pp. 175-181.

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el control de convencionalidad es la «[...] herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. [...]». Al respecto ver «Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7», consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

¹⁶ Ratificada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002.

¹⁷ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. «[...] ARTÍCULO IV. Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. [...]»

¹⁸ Documento del sistema universal de protección de derechos humanos considerado como referente importante dado su enfoque de vanguardia.

el Convenio 159 de la OIT también de 1983 «sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas», aprobado mediante la Ley 82 de 1988, entre otros¹⁹.

Tras la adopción de estos instrumentos de DIDH, se han incorporado al ordenamiento jurídico interno diversos mecanismos en la materia. Así, el primer desarrollo normativo que buscó reconocer y propender por la garantía de los derechos de la población discapacitada fue la Ley 361 de 1997²⁰, reformada y adicionada por las Leyes 1316 y 1287 de 2009. Por su parte, la Ley 982 de 2005 estableció un marco jurídico para favorecer a las personas sordas y sordociegas; posteriormente la Ley 1145 de 2007 se encargó de organizar el Sistema Nacional de Discapacidad con el objeto de «[...] impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos [...]»²¹.

Entre las herramientas de derecho internacional que más trascendencia han tenido en el asunto, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)²², la cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, última que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-293 de 2010²³. Por su relevancia para lo que es objeto de este proceso, cabe señalar que el artículo 28 de la convención en comento estableció como deber de los Estados Parte garantizarle a las personas en situación de discapacidad un nivel de vida adecuado y protección social, entre otras, asegurándoles «[...] el acceso en

¹⁹ Además de los instrumentos descritos, también se encuentran: La Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas de 1948, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la ONU del 9 de diciembre de 1975, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre «Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad», las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, la Declaración de Copenhague, la Observación General No. 5 sobre las personas en situación de discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

²⁰ «Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas ~~con limitación~~ <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones.»

²¹ Artículo 1, inciso 1, Ley 1145 de 2007.

²² Su propósito es «[...] promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente [...]» (Artículo 1).

²³ En aquel pronunciamiento, consideró la Corte que «[...] teniendo en cuenta que en el presente caso se ha establecido, no sólo la plena conformidad entre los objetivos cuyo logro persigue esta Convención y la Constitución Política de Colombia, sino incluso la posibilidad de que a partir de la suscripción de este tratado y la ejecución de sus compromisos se potencie la capacidad del Estado y de la sociedad colombiana para llevar a la práctica objetivos constitucionales tan importantes como la igualdad real y efectiva entre las personas y la promoción y protección de aquellas que padecen una discapacidad, resulta válido entender, también por esta razón, que el referido clausulado es igualmente exequible [...]

igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación [...]»²⁴.

La incorporación de esta disposición convencional en el orden interno propició una evolución normativa que condujo a que el Congreso de la República expidiera la Ley Estatutaria 1618 de 2013²⁵, cuya finalidad es la de «[...] garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad [...]».

De esta forma se ha avanzado poco a poco de modelos que consideran a los sujetos en condición de discapacidad como personas incapaces de valerse por sí mismas y que por ello requieren de la caridad de los demás, a un modelo que, al reconocer que se trata de un problema que no es exclusivo del individuo, involucra a toda la sociedad en la búsqueda de una solución, siendo esta «[...] la llamada a desarrollar todas las adecuaciones razonables para que las personas en situación de discapacidad puedan desenvolverse adecuadamente en los distintos planos de la vida social, económica y cultural [...]»²⁶.

Bajo este entendido, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

[...] Si se tiene en cuenta la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales en materia de discapacidad ratificados por el Congreso, es posible concluir que en virtud del derecho consagrado en el artículo 28 de la CDPD, todas las personas en situación de discapacidad tienen derecho a gozar de la protección social del Estado. Así mismo, cabe concluir que constituye obligación internacional del Estado colombiano adoptar las medidas necesarias para proteger y promover el ejercicio del derecho a la seguridad social por parte de las personas en situación de discapacidad y, en ese sentido, asegurar el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, a programas y beneficios de jubilación [...] (Subrayas fuera de texto).

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que²⁷:

[...] (i) el concepto de discapacidad se origina en un conjunto de barreras o factores contextuales que dificultan la inclusión y

²⁴ Artículo 28, literal e).

²⁵ «Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.»

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-613 del 4 de octubre de 2017.

²⁷ *Ibidem*.

participación en la sociedad de personas en situación de discapacidad;

(ii) la Constitución y las normas de derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellas la CDPD, brindan una serie de garantías normativas para la protección de las personas en situación de discapacidad en cuanto a la vida, la igualdad, la dignidad humana, la autonomía, la participación y la seguridad social;

(iii) todas las personas en situación de discapacidad tienen derecho a la seguridad social, en condiciones de igualdad;

iv) es obligación internacional del Estado colombiano adoptar las medidas necesarias orientadas a proteger y promover el ejercicio del derecho de las personas con discapacidad, a la seguridad social, incluidos beneficios de jubilación;

v) la Corte ha dicho que, en los casos de personas en situación de discapacidad, la seguridad social tiene una estrecha relación con el goce del derecho al mínimo vital y con la dignidad humana, pues su desconocimiento conlleva a la imposibilidad de conseguir lo esencial para atender las necesidades básicas, cuando además no cuentan con ninguna fuente de ingresos. De aquí surge el nexo inescindible entre dicho derecho y otros derechos fundamentales tales como la vida y la salud [...]

El estudio anterior, permite concluir que el ordenamiento jurídico consagra múltiples mecanismos de protección, promoción e inclusión de las personas en situación de discapacidad, por medio de los cuales pretende efectivizar sus derechos en condiciones de igualdad con respecto de las demás personas, lo que no se puede lograr sino aceptando que esta población es merecedora de un amparo especial o reforzado por parte del Estado.

(ii) El derecho de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva y las sentencias inhibitorias

De conformidad con el artículo 229 superior el Estado colombiano «[...] garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]], último que se ha concebido como fundamental en la medida en que, a través de él, se satisface una necesidad ínsita al ser humano, cual es la encontrar una solución pacífica, equitativa y ajustada respecto de las desavenencias y conflictos que puedan suscitarse en la vida en sociedad. Ello explica la relación directa que

existe entre aquel y la justicia como valor esencial, consagrado desde el mismo preámbulo²⁸ de la Constitución Política.

En diferentes sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata que ostenta el de acceso a la administración de justicia, además de su íntima conexión con el derecho al debido proceso. Sobre el particular, dicha Corporación señaló en sentencia C-279 de 2013²⁹:

[...] El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso [...]

Siguiendo al profesor *Luigi Ferrajoli*, quien caracteriza la naturaleza de fundamental de un derecho a través de tres criterios axiológicos que extrae de la experiencia del constitucionalismo en los ámbitos nacional e internacional, podría sostenerse que el acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva adquiere tal condición en virtud de su íntima vinculación con derechos asociados a la conservación de la vida humana y la paz ya que la posibilidad de acudir a instancias judiciales a efectos de que se diriman las controversias humanas impacta de manera directa y ostensible en la disminución del uso de vías violentas a efectos de solucionar los conflictos que se suscitan en la vida en sociedad, siendo ello un reflejo indiscutible y propio del proceso de civilización humano. Al respecto, señala el autor:

[...] El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles

²⁸ [...] en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente [...]

²⁹ Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2013; expediente D-9324; demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012.

y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad [...] y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. **El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.** Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regirían en su ausencia [...] ³⁰ (Negrilla fuera del texto original)

De esta forma, se advierte que la justicia y la paz, como principales valores que busca realizar el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyen fines esenciales del hombre, por los que debe propender el Estado en su función de servicio a la comunidad y promoción de la prosperidad general, lo que sin duda alguna permite la categorización de aquel derecho como fundamental.

Cabe anotar que la importancia de la protección de la tutela judicial efectiva se acentúa cuando lo que está en controversia son derechos de naturaleza laboral y de seguridad social. Lo anterior en virtud de la íntima conexidad que tiene el trabajo con la dignidad humana y, a su vez, la estrecha relación de esta última con la realización de los valores y principios en que se funda el Estado Social y Democrático de Derecho, cuestión que es advertida desde la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos en los siguientes términos:

[...] Artículo 22. **Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social**, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, **indispensables a su dignidad** y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23. 1. **Toda persona tiene derecho al trabajo**, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, **una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.** 4.

³⁰ Luigi Ferrajoli. Sobre los derechos fundamentales. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 74-75.

Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses [...] (Subraya la Sala)

Ahora bien, la caracterización que se le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva impacta de manera directa la forma en que este debe ser protegido. Ello sucede en virtud del denominado principio *pro homine*, el cual irradia todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de aquellos.

En palabras de la Corte Constitucional, «[...] el principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional [...]»³¹.

Tal principio tiene su consagración normativa en los artículos 1 y 2 de la Carta Política y en el artículo 93 *ejusdem*, en virtud del cual, los derechos y deberes contenidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En ese sentido, el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos previó lo siguiente:

[...] Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado [...]

Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuso:

[...] Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados

³¹ Sentencia C-438 de 2013

Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza [...]

Como puede observarse, este se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, con innegable aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, a la administración de justicia y a la igualdad, al ser considerados estos derechos fundamentales tanto en la Constitución Política como en instrumentos normativos internacionales.

Es así como la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229³² de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, último cuyo tenor literal establece:

«[...] Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado **decidirá sobre los derechos** de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso [...]

(Negrilla de la Sala)

Respecto de dicho principio, esta Corporación ha señalado:

[...] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuadora de las reglas

³² Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

que desarrollan el principio³³, **lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base** y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico [...] ³⁴. (Negrillas de la Sala)

En la misma providencia, se expuso el marco sustancial convencional, el cual deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia, y se señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez³⁵ y Godínez Cruz³⁶ ha considerado que:³⁷

[...] la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos³⁸, esto es, adecuarse y **dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona** con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales **es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos**³⁹ [...] (negrillas de la Sala)

³³ Cita de la cita: Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuadora.”. GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuadora hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Proveído del 22 de octubre de 2015. Rad. 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A.

³⁵ Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

³⁶ Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “*constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*”.

³⁹ Cita de la cita: Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede

Como puede observarse, la incorporación que se ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos, reconociéndosele igual jerarquía que la de la Constitución Política, no es escasa y esta convencionalidad, sin duda alguna, ha impactado de manera directa la forma en que debe entenderse el derecho contemporáneo.

Una consecuencia de ello es la creciente tendencia de las codificaciones internas a proscribir las llamadas sentencias inhibitorias por considerar que transgreden el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo núcleo esencial incorpora la garantía a un pronunciamiento proferido por una autoridad judicial en el que se desate de fondo la controversia planteada, sin que escollos de tipo procesal y formal puedan afectar la eficaz realización de tal amparo.

En efecto, de existir tales vicios, le corresponde al juez en el trámite del proceso enderezar la actuación tomando los correctivos⁴⁰ que sean del caso para poder proferir una decisión que en realidad dirima el conflicto que se ha puesto en su conocimiento, sin que sea de recibo que, a último momento, se abstenga de estudiar el fondo del asunto.

Visto lo anterior, es importante anotar que la Corte Constitucional ha identificado dos supuestos bajo los cuales puede estructurarse la decisión inhibitoria, así:

[...] Se está ante dos formas de sentencia inhibitoria injustificada y, por ello, contraria a la Constitución. La primera, el fallo inhibitorio manifiesto, en que el juez expresamente decide no resolver de fondo lo pedido sin haber agotado todas las posibilidades conferidas por el ordenamiento jurídico aplicable, y, la segunda, el fallo inhibitorio implícito, caso en el cual el juez profiere una decisión que en apariencia es de fondo, pero que realmente no soluciona el conflicto jurídico planteado y deja en suspenso la titularidad, el ejercicio o la efectividad de los derechos y prerrogativas que fundaban las pretensiones elevadas ante la jurisdicción [...]⁴¹

verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

⁴⁰ En armonía con ello, el artículo 180 del CPACA prevé dentro de la audiencia inicial una etapa de saneamiento en la que «[...] El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias [...]». De igual manera, el artículo 207 *ibidem* prevé que «[...] Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes [...]».

⁴¹ Sentencia T-134 del 18 de febrero de 2004; Corte Constitucional; expediente T-788807.

De acuerdo con ello, el funcionario judicial puede inhibirse para fallar tanto de manera expresa, cuando así lo dispone, como en forma implícita, cuando la determinación adoptada no desata el fondo de la controversia que se planteó, como sucede por ejemplo cuando se declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

(iii) Caso concreto

El estudio del *dossier* de cara a las consideraciones anotadas, le permiten a la Sala establecer las siguientes conclusiones:

El objeto del presente proceso consiste en determinar si al señor Hubert Fernando Ospina Puerta le asiste derecho a la pensión de invalidez y al pago de las respectivas indexaciones e intereses moratorios sobre las sumas que por tal concepto se llegaren a reconocer. A efectos de definir tal controversia, el demandante puso a consideración de la jurisdicción el estudio de legalidad (i) del acto ficto o presunto generado con ocasión de la falta de respuesta al derecho de petición en el que le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y (ii) el Oficio 17515 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DISAN-AJ-22 del 2 de enero de 2012, por medio del cual la demandada se negó a practicarle una nueva junta médico laboral.

En el expediente reposa el Acta de Junta Médico Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007⁴² en la que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 10% por los siguientes diagnósticos:

[...] 1) EPISODIO PSICOTICO AGUDO SECUNDARIO A CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRIA CON HOSPITALIZACIÓN, PSICOFÁRMACOS, PSICOTERAPIA DE EVOLUCIÓN SATISFACTORIA ACTUALMENTE ASINTOMATICO.- 2) TRANSTORNO MENTAL Y DEL COMPORTAMIENTO VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRIA CON HOSPITALIZACIÓN, PSICOTERAPIA PSICOFARMACOS DE EVOLUCION SATISFACTORIA ACTUALMENTE ASINTOMATICO [...]

Respecto de la imputabilidad del servicio, el acta en comento dispuso:

[...] AFECCIÓN 1 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN, LITERAL (A) (EC) AFECCIÓN 2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD

⁴² Ff. 119-120, cuaderno pruebas.

COMÚN, LITERAL (A) (EC) [...]

No obstante lo anterior, dicho acto administrativo no fue incluido en las pretensiones de nulidad de la demanda.

De otro lado, se advierte que dentro del presente proceso se decretó y practicó un dictamen pericial que fue rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander. Se trata del dictamen 1061654193/2015 del 25 de mayo de 2015⁴³ en el que se definió que el demandante padece una pérdida de capacidad laboral del 85% que se estructuró el 3 de septiembre de 2007 por el diagnóstico esquizofrenia paranoide, que corresponde a una enfermedad común.

Lo anterior es suficiente para que la Sala, sin necesidad de entrar a valorar en esta temprana instancia el mérito probatorio que pueda asignársele a una u otra calificación, concluya que el señor Hubert Fernando Ospina Puerta padece una enfermedad psiquiátrica que lo ubica en una situación de discapacidad⁴⁴ y que, por consiguiente, debe ser sujeto de especial protección constitucional.

Aunado a lo anterior, se encuentra que la providencia recurrida, la cual profirió el Tribunal Administrativo de Arauca el 19 de noviembre de 2015, es una decisión inhibitoria porque, aunque no lo haya manifestado así el *a quo* en forma expresa, lo cierto es que se abstuvo de resolver el fondo de la *litis* por considerar que, para poder decidir si al demandante le asistía o no derecho a la pensión deprecada, tenía que haberse pedido la nulidad del Acta de Junta Médico Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007, proferida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Para la Sala, condicionar un pronunciamiento de fondo a que se haya incluido o no un acto en las pretensiones de nulidad de la demanda es violatorio del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva cuando pueda establecerse que:

1. En todo caso, el acto cuya nulidad no se rogó en forma expresa reposa en el expediente, de manera que el juez tiene conocimiento pleno de su contenido.
2. La prosperidad de las pretensiones de restablecimiento del derecho supondría la declaratoria de nulidad del acto administrativo no demandado.

⁴³ Ff. 128-130, cuaderno pruebas.

⁴⁴ El artículo 2 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 define a las personas con y/o en situación de discapacidad como «[...] Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás [...]».

3. El juez, habiendo podido advertir y corregir la omisión en comentario, no lo hizo.
4. El o los derechos objeto de disputa judicial son de carácter fundamental y guardan una íntima conexión con el deber del Estado consistente en garantizarle a sus asociados una vida en condiciones dignas, como sucede con los derechos mínimos e irrenunciables de naturaleza laboral y los derechos derivados de la seguridad social, en especial, aquellos referidos a las pensiones de vejes, invalidez y sobrevivientes.

Según se anotó, todos estos requisitos se satisfacen en el caso del hoy demandante. En ese orden de ideas, para la Sala es diáfano que a efectos de no comprometer el respeto de derechos como el de acceso a la administración de justicia y el de protección especial que merecen las personas en condiciones de discapacidad, el juzgador de primera instancia debió adoptar todos los medios de saneamiento necesarios para evitar dictar un fallo inhibitorio. Sin embargo, no habiéndolo hecho, esta no debió ser una razón para no resolver real y efectivamente la controversia que suscitó el señor Hubert Fernando Ospina Puerta, máxime cuando lo que está de por medio en virtud de aquella son derechos como la seguridad social y la vida en condiciones dignas, cuya trascendencia en un Estado Social de Derecho resulta indiscutible.

A lo anterior se suma que, como bien lo anotó la parte demandante en sus alegatos de conclusión, la lectura que realizó el *a quo* de la sentencia del 15 de enero de 2015 desconoce que la tesis que se acogió en ella buscaba precisamente proteger la tutela judicial efectiva, impidiendo decisiones inhibitorias que se justificaran en exigencias de tipo formalista.

En efecto, en reciente sentencia, esta Subsección sostuvo:

[...] Lo anterior significa que el acta de junta médico laboral será un acto administrativo definitivo y, por ende, demandable ante la jurisdicción, cuando su contenido permita entender que no se reúnen los requisitos para la consolidación del derecho a la pensión de invalidez. *Contrario sensu*, tendrá el carácter de acto administrativo de trámite o preparatorio cuando su resultado determine las condiciones médicas necesarias para que surja el derecho pensional y, por consiguiente, esto le permita al interesado acudir a la administración a solicitar su reconocimiento. En todo caso, es importante señalar que esta posición, que ha sido reiterada por la Sección en otros pronunciamientos⁴⁵, se adoptó con el fin de evitar cargas formales excesivas que pudieran dar paso a decisiones inhibitorias y, con ello, vulnerar la garantía de la tutela judicial efectiva. **En tales condiciones, acudir a tal criterio para imponer exigencias que entorpezcan el derecho de acceso a la administración de justicia resultaría un despropósito [...]**⁴⁶ (Negrillas fuera del texto original)

⁴⁵ Al respecto puede consultarse la sentencia del 29 de enero de 2015 proferida por la Sección Segunda Subsección B en el proceso con radicado interno 0103-2013.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2019, expediente 4887-2016.

Así las cosas, se advierte que, en esta oportunidad, el juez de primera instancia utilizó el criterio jurisprudencial en cuestión como un obstáculo para abstenerse de impartir justicia real, lo que a todas luces se aparta de la teleología que justificó su adopción y del citado principio *pro homine*.

En conclusión, que el *a quo* hubiese decidido a través de sentencia que la demanda no se presentó en debida forma porque no se pretendió la nulidad del Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 y, con base en ello, se hubiese abstenido de pronunciarse de fondo sobre el objeto de la *litis* es una exigencia excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la normativa constitucional y los instrumentos internacionales incorporados al orden interno imponen la remoción de los obstáculos meramente formales que impidan la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia, lo que sin lugar a dudas se acentúa si se tiene en cuenta que en el proceso se discuten derechos que, por un lado, constituyen beneficios mínimos e irrenunciables en materia de seguridad social y, por el otro, se predicán de una persona que merece especial protección del Estado.

Segundo problema jurídico

¿El señor Hubert Fernando Ospina Puerta tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez?

Para efectos de resolverlo, la Subsección precisará lo relacionado con (i) el régimen legal de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública y luego pasará al análisis del (ii) caso concreto.

(i) Régimen legal de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que el legislador haya quedado habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

En efecto, fue a través de la Ley 100 de 1993 que el legislador organizó el Sistema de Seguridad Social Integral cuya finalidad es proteger los derechos irrenunciables

de todas las personas para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante el amparo de las contingencias que las afecten. Este sistema comprende las obligaciones del Estado, la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro.

El Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, hoy denominados laborales, y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, esta ley dispuso en su artículo 279⁴⁷ la inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social allí previsto respecto de los miembros de la Fuerza Pública, quienes se encuentran cobijados por un sistema especial cuyo fundamento reside en la naturaleza de las competencias, funciones y riesgos que asumen en la prestación del servicio que tienen a su cargo.

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la invalidez, tanto el régimen general como los regímenes exceptuados han previsto una prestación dirigida a solventar las necesidades básicas de aquellas personas que ven sustancialmente reducida la posibilidad de explotar su capacidad productiva en el mercado laboral y, con ello, la de proveerse los medios para su propia subsistencia y la de su núcleo más cercano. Estas personas, en virtud de la condición en la que se encuentran, son merecedoras de una especial protección constitucional consagrada en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, y que ha sido desarrollada en diferentes disposiciones del orden interno.

De igual manera, se encuentra contenida en instrumentos de carácter internacional entre los que cabe destacar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prevé en su artículo 28 que los Estados Partes deben asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Así, el Decreto 1836 de 1979 se ocupó en su título noveno de regular lo atinente a la pensión de invalidez de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, para lo cual estableció una regulación diferenciada según los diversos cargos desempeñados en dichas instituciones, tal y como se advierte en sus

⁴⁷ «Artículo 279. Excepciones. 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 aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.»⁴⁷. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

artículos 60, 61, 62 y 63. No obstante lo anterior, la prestación establecida respecto de los miembros de cada entidad tenía en común la exigencia de una disminución en la capacidad sicofísica de por lo menos el 75%.

Esta normativa fue tácitamente derogada por el Decreto 94 de 1989, que en sus artículos 89, 90, 91 y 92 haría lo propio respecto de la pensión de invalidez, al incluir la distinción de acuerdo con la ocupación y la exigencia del porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral antes indicado. En el mismo sentido se profirió el Decreto 1796 de 2000⁴⁸, que tendría como efecto la derogatoria tácita de la anterior reglamentación, salvo por lo dispuesto en el artículo 48 *ibidem* que estableció que el procedimiento y criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989 hasta tanto se expidiera una nueva regulación⁴⁹.

El 30 de diciembre de 2004, fue proferida y publicada la Ley marco 923 por medio de la cual «[...] se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública [...]». Esta norma previó en su artículo 3 los elementos mínimos que tendría que considerar el Gobierno Nacional cuando reglamentara la materia, disponiendo lo siguiente respecto de la pensión de invalidez:

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

Los términos definidos en esta Ley y, por consiguiente, en su respectiva reglamentación serían aplicables únicamente a hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad **a partir del 7 de agosto de 2002**, pues así lo ordenó su artículo 6, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-924 de 2005.

⁴⁸ Al respecto, ver los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1796 de 2000 encargados de definir el régimen pensional por invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional.

⁴⁹ «Artículo 48. Artículo transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional determine lo correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el presente decreto, los criterios de calificación de la capacidad psicofísica, de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones y de la clasificación de las lesiones y afecciones, continuarán vigentes los artículos 47 al 88 del decreto 094 de 1989, excepto el artículo 70 de la misma norma.»

Ahora, el Decreto 4433 de 2004 se encargó de desarrollar esta norma, regulando lo relativo a la pensión de invalidez en sus artículos 30 y 32. El primero de ellos consagró el derecho a la prestación cuando los organismos competentes califican una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida en servicio activo, mientras que el segundo concede el derecho a los sujetos allí definidos que pierdan su capacidad de trabajo en un porcentaje igual o superior al 50% e inferior al 75% en combate, actos meritorios del servicio, por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

No obstante lo anterior, en sentencia del 28 de febrero de 2013 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado se declaró la nulidad de la expresión «igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)» contenida en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 pues, con base en lo dispuesto en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, se concluyó que el Gobierno Nacional había excedido la competencia que le fue otorgada para regular la materia al fijar un parámetro distinto del 50%⁵⁰.

Posteriormente, en fallo del 23 de octubre de 2014, esta Corporación precisó el alcance de aquella sentencia y declaró la nulidad de todo el artículo al considerar que:

[...] Como surge del análisis conjunto de la totalidad del contenido normativo del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, los numerales 30.1, 30.2 y 30.3 de esta disposición tienen como punto de referencia necesario que exista una incapacidad laboral “igual o superior al

⁵⁰ Sobre el particular, sostuvo en esencia la Corporación: «[...] Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la 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. 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 [...]»

setenta y cinco por ciento 75%”, ocurrida en servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, esos tres numerales del artículo citado parten de la base de la existencia de tal incapacidad para ordenar entonces como será liquidada, pues no se tendría ningún derecho si esa incapacidad laboral fuese inferior al 75%, lo que significa que tal liquidación con los porcentajes que allí se señalan, carece entonces de fundamento, debido a que la disminución de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 75% que le servía de base desapareció del Ordenamiento Jurídico. Igual ocurre con la base de liquidación de la pensión de invalidez del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y la del personal de soldados profesionales a que se refieren los parágrafos 1° y 2° del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, pues estas también parten del supuesto de la existencia de una incapacidad laboral igual o superior al 75% que exige el artículo en mención, exigencia esta cuya nulidad ya se declaró por esta Corporación; y, por la misma razón, resulta también afectada de invalidez la disposición contenida en el párrafo tercero de la norma que se analiza por cuanto ella se refiere a un aumento en un 25% del monto de la pensión de invalidez que habría de ser liquidada, cuando se cumpla el requisito de la existencia de una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% que afecte a un integrante de la Fuerza Pública y que hubiere ocurrido en servicio activo, lo que sirve de base al descuento de ese porcentaje adicional del 25% para efectos de la sustitución pensional que se ordenan en el aludido párrafo 3° de la norma acusada [...]

Ante la ausencia de reglamentación en la materia que resultó de estos pronunciamientos, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1157 de 2014, «Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la Fuerza Pública». El artículo 2 de esta normativa consagró lo relativo al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez en los siguientes términos:

[...] Artículo 2. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio

de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012; así:

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

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

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

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

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

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

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

Acorde con lo anterior, en la actualidad los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario 1157 de 2014. Del análisis anterior, conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez:

i) La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez.

ii) La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo.

iii) La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material.

En línea con lo expuesto, bajo la vigencia de estos últimos preceptos, el derecho a la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública surge cuando se genera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por lesiones o afecciones generadas en servicio activo, con independencia de su origen, por lo que se procederá a establecer si en el presente caso se reúnen estas condiciones.

(ii) Análisis del caso concreto

El demandante afirmó que estuvo vinculado al Ejército Nacional entre el 12 de noviembre de 2005 y el 12 de mayo de 2007, en calidad de soldado campesino, y, como soldado profesional, entre el 6 de junio de 2007 y el 30 de mayo de 2008, cuando fue desacuartelado.

En el proceso, no existe prueba exacta de ello toda vez que la solicitada con el fin de que se allegasen las certificaciones de tiempos de servicios se negó por el *a quo*, quien consideró que ya habían sido aportadas con la contestación de la demanda, decisión que no fue recurrida. Al revisar el expediente la certificación de tiempos de servicios que reposa en este es la expedida el 15 de abril de 2008 por

la Dirección de Personal del Ejército Nacional⁵¹ en la que puede leerse que el hoy demandante:

[...] es SOLDADO PROFESIONAL del Ejército Nacional en servicio activo y actualmente presta sus servicios en BATALLÓN DE CONTRAGUERRILLAS ·47 HEROES DE TACINES, con un tiempo de servicio de 3 años, 0 meses y 23 días hasta el 15 de Abril de 2008, para lo cual se presenta el siguiente detalle de grados y tiempos:

<u>Descripción</u>	<u>Fecha Inicia</u>	<u>Fecha Termina</u>	<u>Años</u>	<u>Meses</u>	<u>Día</u>
- SOLDADO CAMPESINO 0	20051112	20070512	1	0	6
- TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO	20070512				
- SOLDADO CAMPESINO 25	20070606	20070801	0	0	1
- SOLDADO PROFESIONAL 14	20070101	20080415	0	0	8
[...]					

De igual manera, se observa el acta de Junta Médica Laboral 21355 proferida el 31 de octubre de 2007⁵² por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que se define que el demandante padece una disminución de capacidad laboral de 10% con base en los diagnósticos 1) episodio psicótico agudo secundario a consumo de sustancias y 2) trastorno mental y del comportamiento, ambos considerados enfermedades de origen común.

Con base en esta calificación, que no fue impugnada por el señor Hubert Fernando Ospina Puerta, la entidad demandada expidió las Resoluciones 77804 del 8 de julio de 2008⁵³ y 78057 del 21 de julio de 2008⁵⁴, en las que ordenó el reconocimiento y pago a favor de aquel de \$1.730.463 por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral.

De otro lado, se advierte que, para fundamentar las pretensiones de la demanda, la parte demandante solicitó un dictamen pericial con el propósito de que se calificara su pérdida de capacidad laboral, el cual fue debidamente decretado⁵⁵ y su práctica estuvo a cargo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de

⁵¹ F. 97, cuaderno principal.

⁵² Ff. 119-120, cuaderno pruebas.

⁵³ F. 126, cuaderno principal.

⁵⁴ F. 128, cuaderno principal.

⁵⁵ Ff. 170-175, cuaderno principal.

Norte de Santander. Mediante Dictamen 1061654193/2015 del 25 de mayo de 2015⁵⁶, dicho organismo estableció, con base en el manual de calificación propio de las Fuerzas Militares⁵⁷, una merma de la capacidad laboral de 85%, estructurada el 3 de septiembre de 2007 por el diagnóstico esquizofrenia paranoide, que corresponde a una enfermedad común.

La contradicción del dictamen se llevó a cabo en audiencia de pruebas celebrada el 6 de octubre de 2015⁵⁸, en la que el perito Nelson Javier Montaña, quien fue su ponente, sustentó la prueba y, posteriormente, fue interrogado por el juez de primera instancia, las partes y el agente del Ministerio Público. De lo sucedido en la diligencia, se destaca lo siguiente:

[...] PREGUNTADO [apoderada parte demandante]. Cuál es el fundamento que le sirvió para extraer que el señor Uber tiene problemas desde la juventud, psicológicos? RESPONDIO. El 3 de septiembre de 2007, en la primer consulta que se desarrolló en la Clínica Santo Tomas refiere que presenta un trastorno sicótico agudo de tipo esquizofrénico; a esta edad, a este momento él tendría alrededor de 21 años, allá está emitido un diagnóstico de esquizofrenia, que este es un trastorno crónico que muy posiblemente él lo venía presentando desde tiempo atrás, no sé cuándo. Por epidemiología y por estadísticas estos trastornos mentales, como lo dije anteriormente, pueden iniciar desde la adolescencia o en edades muy tempranas [...] PREGUNTADO [Apoderado parte demandado]. De acuerdo a las conclusiones del dictamen clarifíqueme al despacho si la enfermedad que padece el señor Uber la adquirió durante la prestación de sus servicio militar? Si, la fecha de estructuración es del 7 de septiembre de 2007, nosotros nos guiamos por los documentos obrantes y pues esa es la fecha en que tuvo el primer diagnóstico y durante la cual hasta el 2014 también se mantiene y pues en esa fecha ya estaba prestando el servicio militar. PREGUNTADO. Doctor Nelson, su merced refiere que la enfermedad, los síntomas y todo se dan desde la juventud, o sea que él venía presentando desde la juventud su afección pero qué? En el momento de prestar el servicio militar se le incrementó o qué pasó al respecto? RESPONDIO. Pues muy posiblemente sí, exactamente yo no le puedo asegurar pero muy posiblemente sí. Como le digo, si ya tenía su enfermedad de base y el consumo de sustancias psicoactivas y su, el hecho de estar prestando servicio militar pues le ayudó a desencadenar mucho más, de manera más fluida la sintomatología del paciente. PREGUNTADO [agente del Ministerio Público] Esta enfermedad puede desarrollarse o en muchos casos o hay un porcentaje alto en los que se puede verificar que este tipo de enfermedad está predispuesta a los pacientes por factores genéticos? RESPONDIO. Sí, los estudios del conocimiento médico hablan de que posiblemente haya algún componente genético y pues también

⁵⁶ Ff. 128-130, cuaderno pruebas.

⁵⁷ Decreto 094 de 1989.

⁵⁸ Ff. 234-236, cuaderno principal.

multifactorial pero el componente genético parece que es importante en estas enfermedades. PREGUNTADO [Tribunal Administrativo de Arauca]. Usted puede decirnos por qué hay una diferencia tan grande entre el porcentaje de incapacidad que la junta, dictamen que usted presentó que es 85% y el porcentaje de incapacidad que se determinó en la junta médica laboral que hizo el Ejército Nacional, que es del 10%? En qué consiste a su sentir esa diferencia entre el porcentaje que hizo la junta y el que se realizó al interior del Ejército Nacional? RESPONDIO. En ese momento el Ejército Nacional califico ahhh con diagnóstico de estado sicótico secundario al consumo de sustancias psicoactivas y tuvo en cuenta el numeral 3028 por un índice 2 que le correspondía a una neurosis histérica, fue el diagnóstico que calificaron ellos en el año 2007, en octubre de 2007. Y pues nosotros calificamos ya es el diagnóstico de esquizofrenia paranoide con un grado medio con 18 puntos de índice [...]

Habiendo realizado el respectivo ejercicio de valoración probatoria, la Sala ha llegado a la conclusión de que el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander es la prueba que le brinda convencimiento y convicción sobre las condiciones sicofísicas y médicas del señor Hubert Fernando Ospina Puerta. Lo anterior bajo el entendido de que esta es la única prueba técnica que se practicó dentro de este proceso y que sus conclusiones no fueron desvirtuadas por las partes, quienes habiendo tenido la oportunidad de controvertirlo en los términos del Código General del Proceso⁵⁹, no aportaron un nuevo dictamen ni contrarrestaron la veracidad de lo establecido en el de la Junta Regional en la audiencia en que se interrogó a su ponente.

En conclusión, considerando que el demandante padece una merma de la capacidad laboral de 85%, estructurada el 3 de septiembre de 2007, esto es, cuando se encontraba en servicio activo en calidad de soldado profesional, es diáfano que le asiste derecho a la pensión de invalidez, prestación que habrá de reconocerse por la entidad demandada en una cuantía equivalente al 85% de las partidas computables, en los términos de la Ley 923 de 2004 y del Decreto Ley 1157 de 2014.

Igualmente, el demandante tendrá derecho a las mesadas adicionales a que alude el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 41, consistentes en la de mitad de año y la mesada pensional de navidad.

Tercer problema jurídico

⁵⁹ Artículo 228 del CGP:

¿Son incompatibles la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez y, por ende, hay lugar a ordenar que de la segunda se descuenta lo pagado al señor Hubert Fernando Ospina Puerta con ocasión de la primera?

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 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 Públicas, 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.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma⁶⁰ [...] ⁶¹

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 Sección⁶² ambas prestaciones comparten su causa eficiente, esto es, la merma en la capacidad

⁶⁰ Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.

⁶² Sentencia de 8 de abril de 2010. Rad. 081-2009. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública lo que implica en la práctica que su reconocimiento simultáneo constituya una doble compensación [...] ⁶³

En conclusión, la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez no son compatibles. En consecuencia, es procedente el descuento, debidamente indexado, de lo que la entidad demandada le pagó al señor Hubert Fernando Ospina Puerta en virtud de la primera.

Cuarto problema jurídico

¿Operó el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante?

La prescripción, en general, es un modo de extinguir derechos por el paso del tiempo sin haberlos exigido⁶⁴, regla frente a la cual el derecho a la pensión⁶⁵ ha recibido una connotación especial para darle el carácter de imprescriptible, es decir, no se ve afectado por tal fenómeno, situación que se extiende a la de invalidez. No obstante, no sucede lo mismo con las mesadas que no se hubieren reclamado dentro del término previsto por la ley⁶⁶.

En relación con el término de prescripción, el Decreto 4433 de 2004 señala:

[...] 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.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de marzo de 2013, radicación 05001-23-31-000-2002-02922-01 (1471-12). También puede consultarse la sentencia del 9 de abril de 2014 en el proceso con radicación 18001-23-31-000-2005-00076-01(0863-11).

⁶⁴ Código Civil, artículo 2512: «La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.»

⁶⁵ Entre otras ver Corte Constitucional sentencia C-230 de 1998.

⁶⁶ Sobre la prescripción de las mesadas pensionales ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado: sentencia del 14 de septiembre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, Rad. 44001-23-33-000-2013-00121-01(2435-15); sentencia del 16 de marzo de 2017, Sección Segunda, Subsección B. Rad: 05001-23-31-000-2011-01036-01(0553-14).

entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso [...]

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 expedición, el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria toda vez que la prescripción no estaba contenida en la Ley 923 de 2004, norma que desarrolla⁶⁷.

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 1990⁶⁸, 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.

Visto lo anterior, se advierte que en el caso concreto no operó el fenómeno prescriptivo pues quedó demostrado que el señor Hubert Fernando Ospina Puerta elevó derecho de petición el 30 de noviembre de 2011⁶⁹ en el que solicitó a la entidad una nueva calificación de su pérdida de capacidad laboral y el consecuente reconocimiento de la pensión de invalidez. Al presentar esta solicitud interrumpió el término de prescripción cuatrienal, lo que conduce a concluir que como, 1.º de diciembre de 2007 continuaba en servicio activo, no prescribió ninguna de las mesadas pensionales.

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.

⁶⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares

⁶⁹ Ff.5-8, cuaderno principal.

De acuerdo con ello, la pensión deberá reconocerse en los términos del Decreto 1157 de 2014, cuyo artículo 2 dispone que el demandante tendrá derecho al pago pensional «[...] a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio [...]».

Finalmente, es importante anotar que no puede hablarse de prescripción de los valores económicos que pagó la demandada en virtud de la indemnización por disminución de la capacidad laboral, toda vez que la sentencia que reconoce el derecho pensional es la que origina, a su vez, el derecho de la entidad a descontar los valores que fueron inicialmente entregados por aquel concepto.

Quinto problema jurídico

¿La Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional debe reconocer y pagar al demandante los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas?

La Sala encuentra que la condena al pago de intereses moratorios resulta improcedente por las razones que se explican a continuación.

El artículo 53 de la Carta Política estableció que el pago oportuno de las mesadas es un principio mínimo fundamental que debe ser tenido en cuenta por la ley correspondiente. El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrolló dicho mandato constitucional al señalar que, a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de las que trata la mencionada ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago⁷⁰.

En adición a lo anterior, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo previó que las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto.

Por lo anterior, el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de

⁷⁰ Consejo de Estado, Sentencia 52001-23-33-000-2015-00074-01. En dicha sentencia se estableció que los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no son más que una forma de conminar a la entidad previsional encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados en su calidad de vida, para mantener el poder adquisitivo del valor de su pensión, pues en principio esta es sería la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral.

pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago⁷¹. Esto no es lo que ocurre en el presente caso, donde la entidad demandada se ha negado al reconocimiento del derecho pensional, último que solo ha surgido en virtud de lo dispuesto en la presente providencia.

En conclusión, no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente proceso el 19 de noviembre de 2015, por el Tribunal Administrativo de Arauca. En su lugar, (i) declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y del Acta de Junta Médico Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 expedida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional; (ii) ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta si se computó como tiempo de servicio y; (iii) autorizará que del monto de las mesadas pensionales adeudadas se descuente la suma, debidamente indexada, de lo que la entidad demandada le pagó al señor Hubert Fernando Ospina Puerta por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral.

Indexación

Las sumas que resulten a favor de la demandante se actualizarán con base en la siguiente fórmula:

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

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

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05069-01(0505-17).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, y se debe tener en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

De la condena en costas

Ahora, respecto de la citada condena en esta instancia, se tiene que esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez⁷² sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

⁷² Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁷³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Bajo ese hilo argumentativo, de conformidad con el artículo 365 del CGP, numeral 4, hay lugar a condenar en costas en ambas instancias a la entidad demandada en la medida en que la presente providencia revocó totalmente la del *a quo*.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca, que denegó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Hubert Fernando Ospina Puerta contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Segundo: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

2.1. El acto ficto o presunto generado con ocasión de la falta de respuesta al derecho de petición que elevó el demandante el 30 de noviembre de 2011 ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

2.2. El Oficio 17515 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DISAN-AJ-22 del 2 de enero de 2012, por medio del cual la demandada negó la solicitud del señor Hubert Fernando Ospina Puerta para que le fuera practicada una nueva junta médico laboral.

2.3. El Acta de Junta Médico Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007, en la que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 10%.

⁷³ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Tercero: Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional a reconocer y pagar en favor del señor Hubert Fernando Ospina Puerta una pensión de invalidez en una cuantía equivalente al 85% de las partidas computables, en los términos de la Ley 923 de 2004 y del Decreto Ley 1157 de 2014, a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta, si se le computó como tiempo de servicio.

Cuarto: Las sumas reconocidas en favor del demandante serán ajustadas conforme a la fórmula indicada en la parte motiva y, de ellas se ordena descontar el monto, debidamente indexado, que se le pagó a aquel por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral.

Quinto: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

Sexto: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandada y a favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Séptimo: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Octavo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ