



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, nueve (09) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-002-2013-00219-01
DEMANDANTE:	JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA
DEMANDADO:	NACIÓN – POLICÍA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de segunda instancia, desatando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha 28 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **NACIÓN - POLICÍA NACIONAL**, con el fin de que se acceda a lo siguiente:

1.- Se declare la nulidad de las siguientes decisiones administrativas:

¹ Folio 88 - 89, del cuaderno de primera instancia.

-. Resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, proferida por la Dirección de la Policía Nacional, mediante la cual, se retiró al demandante de la Escuela de Carabineros Rafael Núñez, como consecuencia de sobrevenir una incapacidad.

-. Resolución No. 00770 de abril 9 de 2007, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual, se negó en su momento, el reconocimiento y pago de una indemnización y la pensión de invalidez a favor del demandante, derivada de su pérdida de capacidad laboral.

-. Resolución No. 01116 del 12 de diciembre de 2008, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual, se confirmó la resolución No. 00770 de abril 9 de 2007.

-. Resolución No. 0122 de enero 20 de 2009, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual se confirman las resoluciones Nos. 00770 de abril 9 de 2007 y 01116 de diciembre 12 de 2008, declarándose agotada la vía gubernativa.

-. Acta de Junta Médica Laboral No. 4370 de 13 de marzo de 2007, en tanto, no es cierto lo inscrito en el numeral "IV SITUACIÓN ACTUAL" y el numeral "VI CONCLUSIONES", literal D "IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO".

2.- En consecuencia, solicita se ordene al ente demandado, se reconozca y pague la pensión de invalidez a su favor, en un porcentaje equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) del sueldo o salario básico mensual de un patrullero del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, más los intereses que se causen hasta el pago total como lo ordena el art. 177 del CCA.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Señala el demandante, que prestó servicio militar obligatorio como auxiliar en la Policía Nacional, al haber ingresado al curso 003, como alumno en la Escuela de Carabineros Rafael Núñez, guarnición con sede en Corozal – Sucre, con el ánimo de ingresar a la carrera del nivel ejecutivo y acceder al cargo de patrullero en la Policía Nacional.

Indica, que el 13 de noviembre de 2005, siendo las 15:00 horas, horario previsto para el aseo de las dependencias internas, previo a la entrada a clases rutinarias, sufrió “descompensación” de su salud, demandando hospitalización y tratamiento médico continuo hasta su retiro, sin que se hubiese recuperado mental y psicológicamente.

Afirma, que el día 12 de agosto de 2006, en el Municipio de Soledad – Atlántico, se le realizó la Junta Médica Laboral de Policía (provisional) No. 314, certificando “psicosis aguda sin antecedentes patológicos previos”, otorgándose una incapacidad de seis (6) meses.

Agrega, que en acta de Junta Médico Laboral de Policía No. 4370 del 13 de marzo de 2007, se señaló textualmente: “VI. CONCLUSIONES. C) Evaluación de la disminución de la capacidad laboral. ACTUAL TOTAL: OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%). ACTO DE IMPUTABILIDAD AL SERVICIO. PATOLOGÍA: PSICOSIS ESQUIZOFRÉNICA CON INCAPACIDAD PERMANENTE”.

Dice, que en razón de tal patología, fue retirado como estudiante de la Escuela de Carabineros Rafael Núñez, mediante resolución No. 000324 de diciembre de 2007, sin ser pensionado por invalidez y enfermedad mental permanente, declarándosele no apto, tras una enfermedad que se le presentó con ocasión a sus estudios y servicios.

² Folios 89 - 91, del cuaderno de primera instancia.

Posteriormente, afirma, mediante resolución No. 00770 del 4 de septiembre de 2008, la Dirección General de la Policía Nacional negó el reconocimiento de la pensión e indemnización por invalidez a que tenía derecho.

Tales actos administrativos, atestigua, fueron impugnados el 6 de octubre de 2008, razón por la cual, la Dirección General de la Policía Nacional emitió la resolución No. 01116 del 16 de diciembre de 2008, confirmando la resolución 00770 de 2008, impugnada.

Contra tal resolución, dice, por traer un punto nuevo de discusión, se interpuso recurso de reposición, con el ánimo de buscar que el expediente sea conocido por el Ministerio de la Defensa, frente a lo cual, se expidió por el ente demandado la resolución No. 00122 de enero 20 de 2009, desatando el recurso de apelación, confirmándose las resoluciones Nos. 00770 de 2008 y 01116 de 2008, declarándose, además, agotada la vía gubernativa (sic). Tal resolución garantiza, le fue “avisada” mediante oficio No. 685 del 4 de febrero de 2009.

Contra la resolución anterior, alega, interpuso acción de tutela, la que fue de conocimiento del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Bolívar, radicado No. 132444089001-2011-143, quien a su vez, mediante sentencia de junio 29 de 2011, dispuso, amparar ciertos derechos fundamentales, ordenando a la entidad demandada que procediera de inmediato al pago de la indemnización por la incapacidad laboral devenida en actos del servicio y así mismo, proferir resolución de pensión por invalidez, disponiéndose el pago del correspondiente retroactivo.

En tal razón, manifiesta el accionante, el ente demandado profirió la resolución No. 0991 del 5 de julio de 2011, por la cual se indemniza y se pensiona al demandante, pagándose a título de indemnización, la suma de \$13.600.000.00, suma que fue consignada en su cuenta personal el día 18 de julio de 2011 y el retroactivo de las mesadas causadas hasta dicha fecha, dándosele cabal cumplimiento a la mencionada sentencia.

Declara, que pese a estar pensionado, la demanda en el presente asunto se fulmina, en tanto, se estableció como requisito en el fallo de tutela de fecha 29 de junio de 2011.

Proclama, que la entidad demandada, por vía de hecho, ha suspendido el pago de la pensión, sin estar revocado el acto administrativo que la impone, desde el mes de julio de 2013, debiéndose hasta el momento de presentación de la demanda, los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, la prima de navidad y diciembre, para un total aproximado de ocho millones cuatrocientos mil pesos.

En virtud de lo referido, solventa como causal de nulidad, violación al debido proceso, pues, existe falta de competencia funcional, al entrarse a desatar el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones Nos. 0770 de septiembre 4 de 2008 y 0116 de diciembre 16 de 2008, pues, tal recurso debía ser decidido por el superior del Director General de la Policía Nacional, esto es, el Ministro de la Defensa Nacional.

Aunado a lo anterior, de manera muy parca, indica, que la calificación de la incapacidad médica no precisó si el hecho está definido en alguno de los literales del art. 14 del Decreto 1795 de 2000, amén de que no se definieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron las lesiones y si las mismas acaecieron por causa o razón del servicio o sin ella.

Agrega, que se trata de una persona constitucionalmente protegida por haber adquirido una enfermedad mental imputable al servicio pero no por causa del mismo, lo que le hace merecedor de indemnización por disminución de su capacidad laboral, luego, en su criterio, no importa que la enfermedad haya sido en actos del servicio o no, porque el art. 37 del Decreto 1796 de 2000, entroniza tres supuestos, entre los cuales se indica como causa de indemnización que la lesión se haya provocado en el servicio sin importar que sea por causa o razón del simplemente, refiriéndose simplemente a enfermedad o accidente común, que es el caso tratado, lo

cual se ratifica con el contenido del art. 41 de la misma legislación, en donde se señala que tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez, al tratarse de alumno del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, equivalente al 75% del salario básico de un patrullero, siempre y cuando, la discapacidad física sea superior al 75% y no supere el 95%.

1.3- Contestación de la demanda³

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, dio respuesta a la demanda, indicando, que algunos hechos son ciertos, otros no lo son o son parcialmente ciertos y algunos son interpretaciones erróneas del demandante, quien pretende hacer incurrir en error al Despacho (sic), oponiéndose en todo caso, a la prosperidad de las pretensiones.

Para tal efecto, dijo, que no existe prueba que indique que las lesiones sufridas por el demandante sean consecuencia de una enfermedad profesional o de accidentes “adquiridos” en actos relacionados con su período de formación o como consecuencia del servicio y razón del mismo, acta que dice, no fue apelada por el actor, quedando en consecuencia el interesado conforme con lo ahí dispuesto.

Aclara, que las decisiones tomadas por el Director de la Escuela de Carabineros Rafael Núñez, son consecuencia de una decisión tomada por la Junta Médica Laboral, por lo tanto, son simple ejecución de lo dispuesto por la autoridad médica laboral y que el demandante, no tiene derecho al reconocimiento de pensión de invalidez, ya que de acuerdo a lo señalado en el art. 33 del Decreto 4433 de 2004, la condición incapacitante debía ocurrir durante el servicio y en este caso, la enfermedad fue considerada común.

También afirmó, que los actos administrativos demandados fueron expedidos atendiendo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y por quien

³ Fls. 138 - 164 del expediente.

tenía competencia para hacerlo, pues, en lo que hace especialmente al recurso de apelación que dice el demandante se decidió por funcionario sin competencia, el organigrama de la Policía Nacional indica, que la primera instancia la cumple la Subdirección General de tal entidad y la segunda, el Director General de la misma, sin que en ningún momento intervenga el Ministro de la Defensa.

Frente a la acción de tutela, señaló, que efectivamente tal solicitud de amparo fue formulada, pero de manera provisional, otorgándose al interesado el término de cuatro meses para interponer la correspondiente demanda, por lo que se formuló la misma recayendo su conocimiento en el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo, radicado 70-00133-33-008-2012-00065-00, avanzando el proceso hasta audiencia inicial, en la cual, se declaró probada la excepción de no agotamiento de la sede administrativa, sin que tal decisión haya sido recurrida.

Revela, que la Policía Nacional, a través de la resolución No. 00991 del 5 de julio de 2011, en cumplimiento del fallo de tutela, reconoció a favor del demandante una pensión de invalidez, a partir del 27 de diciembre de 2007 y se le reconoce la suma de \$ 13.640.442.90 como indemnización por la incapacidad física, la que a la fecha de contestación de la demanda no se paga, en tanto, el plazo de cuatro meses concedido en la sentencia de tutela, se venció y la demanda que fuera conocida por el Juzgado Octavo Oral Administrativo de Sincelejo se halla archivada, al haberse declarado una excepción previa en las condiciones indicadas.

En su defensa señaló, que los alumnos de la Escuela de Formación, como el caso del accionante, no son servidores públicos, ni ejercen funciones públicas, contando solamente con la condición de estudiantes de una institución de educación superior, a tenor del art. 37 de la ley 30 de 1992, lo que no implica desprotección, pues, para ello, resulta aplicable el contenido del decreto 1796 de 2000, el cual exige, la calificación de la capacidad psicofísica por parte de las autoridades médico – laborales, para

determinarse si se es o no apto para el servicio. Y en este caso, insiste, se lo encontró no apto por disminución de su capacidad laboral.

Frente a los actos demandados, precisó: a. la resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, cumplió con lo dispuesto por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, órgano que por demás que no pertenece a la Policía Nacional, sino al Ministerio de Defensa, por ende, el demandante no puede ser reintegrado, ni puede aplicársele el criterio de reubicación laboral, amén de no hallarse apto para hacerlo. De ahí que también, en su criterio, tal resolución es de ejecución, por ende, no pasible de control judicial.

b. Las resoluciones 00324 de diciembre 7 de 2007, 00770 de septiembre 4 de 2008, 01116 de diciembre 12 de 2008, 0122 de enero 20 de 2009, se hallan ajustadas a derecho y conforme los estatutos que rigen la carrera de personal uniformado de la institución, para la fecha de retiro del actor.

c. El Acta Médica 4370 del 13 de marzo de 2007, no puede ser objeto de demanda, pues, no se formuló en su contra recurso alguno, por ende, no se agotó "la vía gubernativa" (sic), aspecto que además, ya fue analizado por parte del Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo, cuando se estudió el tema como excepción previa.

Como excepciones formuló la caducidad de la acción, pues, como quiera que el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Carmen de Bolívar es de fecha 29 de junio de 2011 y el demandante contaba con cuatro meses para formular demanda, tal plazo se halla totalmente vencido al momento de formularse la demanda que da origen al presente asunto (2013).

Inexistencia del derecho y falta de fundamento jurídico para las pretensiones y cosa juzgada.

1.4. Sentencia de primera instancia⁴

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia del 28 de julio de 2016, accedió a las pretensiones⁵, para lo cual consideró, luego de una extensa consideración jurisprudencial, que en el presente caso, el señor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, ingresó a la Escuela de Formación de la Policía Nacional en condiciones aptas para el servicio, por lo que, su enfermedad, indistintamente a su origen, presagia responsabilidad de parte del ente demandado, en tanto, las normas que regulan la concesión de la pensión de invalidez (Decreto 1796 de 2000 y posteriores, como el caso de la ley 923 de 2004), son uniformes en establecer que la sintomatología de una afección psíquica se desarrolla o agudiza durante el servicio o en su formación como estudiante de la mencionada Escuela, por tanto, dichas normas, en su criterio, deben interpretarse en relación con el caso concreto, esto es, que la enfermedad se agudizó en el proceso de formación recibida por el actor, lo cual lo hace beneficiario de la pensión de invalidez, pero sin que se pueda acceder al 95% pretendido, como monto de la pensión, en tanto, resulta aplicable el contenido del Decreto 4433 de 2004, artículo 33 numeral 2.

⁴ Folios 358 – 385.

⁵ Textualmente, la parte resolutive del fallo de primera instancia señala: “PRIMERO: DECLARAR no próspera la excepción de fondo propuesta por el demandado, como inexistencia del derecho y falta del fundamento jurídico para la pretensiones con base a los argumentos expuestos. SEGUNDO: Declarar la nulidad de los actos administrativos: Resolución No. 00324 de diciembre 7 de 2007, Resolución No. 00770 de abril 9 de 2007; Resolución No. 01116 de diciembre 12 de 2008 y Resolución No. 00122 de enero 20 de 2009, en las que se negaba la pensión de invalidez al Sr. Jairo José Herazo Valenzuela C.C. No. 7.937.770, según se fundamentó en la considerativa de esta providencia. TERCERO: ORDENAR AL DEMANDADO para que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se le reconozca y liquide la pensión de invalidez al actor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, CC No. 7.937.770, conforme al artículo 33 del Decreto 4433 de 2004 y teniendo en cuenta el porcentaje de disminución laboral del 85%, cancelando los dineros faltantes de ese derecho pensional y observando la fórmula... CUARTO: DECLARAR DE OFICIO, la prescripción de las mesadas pensionales anteriores a tres (3) años de la presentación de la demanda, esto es, las anteriores al 20 de septiembre de 2010.. QUINTO: IMPONER como agencias en derecho y costas, el 16% de lo pretendido al demandado y a favor del demandante, según se motivó. SEXTO: NEGAR las restantes pretensiones solicitadas por el actor...”.

Frente a la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios morales, señaló la a quo, que no se demostró su existencia, por ende, no se reconocen.

En cuanto al contenido del acta médica No. 4370, señaló, que la misma debía permanecer incólume, pues, el objeto del presente proceso no puede ser sino el reconocimiento de la pensión de invalidez, en tanto, frente a la misma no se ejerció recurso alguno.

1.5. El recurso

La apoderada judicial de la entidad demandada, se opuso al contenido de la sentencia de primera instancia, señalando, que mediante auto del 10 de marzo de 2014, se había dispuesto por el Juzgado de conocimiento, que no se tendría como pretensión el numeral quinto de la demanda, esto es, la nulidad del acta de la Junta Médico Laboral, de ahí que, no le es dable al juzgador, al haberse excluido tal documento, declarar la nulidad de la resolución de retiro que ejecutó la decisión de las autoridades médicas, esto es, la resolución No. 00324 de diciembre 7 de 2007, por ende, lo procedente, era declararse inhibido el Juzgado para conocer de tal pretensión.

A parte de lo anterior y de manera extraña⁶, indicó, que las resoluciones Nos. 00770 de abril 9 de 2007, 01116 de diciembre 12 de 2008 y 00122 de enero 20 de 2009, en las que se negaba la pensión de invalidez del señor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, no podían ser declaradas nulas, pues, para conceder pensión de sobreviviente no era necesario acudir a la ley 100 de 1993.

⁶ La Sala desde ya anota, que siendo este argumento disímil con lo tratado en el expediente, no será objeto de consideración, pues, abiertamente aparece que lo ahí tratado hace referencia a la pensión de sobreviviente, luego de muerto el causante, lo cual nunca se trató en este asunto.

1.6. Trámite de la segunda instancia

Mediante auto del 23 de septiembre de 2016⁷, este Tribunal admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En firme tal decisión, mediante auto del 1º de noviembre de 2016⁸, se dispuso correr traslado a las partes, término dentro del cual, el ente demandado hizo su pronunciamiento⁹, reiterando lo dicho en el recurso de apelación.

En el mismo término, el Ministerio Público emitió su concepto, señalando que debe confirmarse la decisión de primera instancia, pues, se reúnen los requisitos para hacerlo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el debate planteado, el problema jurídico a desatar, estriba en determinar: ¿Hay lugar a declarar la nulidad de la resolución No. 00324 de diciembre 7 de 2007, mediante la cual, se dispuso retirar de la Dirección Nacional de Escuelas – Escuela de Carabineros Rafael Núñez, por concepto de Junta Médico Laboral No. 4370 del 13 de marzo de 2007 que calificó como no apto al señor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, si el objeto

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 14, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 21 – 23, cuaderno de segunda instancia.

del presente asunto es el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a su favor y aparentemente tal acto administrativo fue excluido del debate procesal?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. Pensión de Invalidez para los miembros de la Fuerza Pública

La jurisprudencia relacionada sobre la pensión de invalidez, ha indicado, que su naturaleza responde a una *“compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos”*¹⁰.

Ahora bien, para los miembros de la Fuerza Pública, se establece un régimen prestacional especial en materia pensional –invalidez-, que inicia con el Decreto 094 de 1989, seguido por el Decreto 1796 de 2000 y actualmente, se rige por la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de esa misma anualidad. Para mayor claridad, se trae a colación, extracto jurisprudencial *in extenso*, sobre el marco normativo de la pensión de invalidez, contenido en Sentencia T-681 de 2011¹¹, donde se dijo:

“A continuación se expondrá las normas atinentes a la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública:

i) En el Decreto 094 de enero 11 de 1989, (“Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalidez e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”), se previó así (art. 90) lo pertinente a la pensión de invalidez:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T- 223 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

¹¹ Corte Constitucional. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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

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

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

(..)

ii) Posteriormente se expidió el Decreto Ley 1796 del 2000 (“Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley”), estableciendo en materia de pensión de invalidez:

“ARTICULO 38. LIQUIDACIÓN DE PENSION DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).

b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).

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

PARAGRAFO 1°. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez."

(..)

iii) Mediante la Ley 923 de 2004 se fijaron "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"; en su artículo 3.5 dispuso: "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."

iv) El Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la antes señalada Ley, expresó:

"Artículo 32. Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía

Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.

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

Parágrafo 2°. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas.”

De esta forma, se tiene que en vigencia del Decreto 094 de 1989 y el Decreto 1796 de 2000, el porcentaje de incapacidad que daba lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, era el de un 75%, situación que cambia con la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de dicha anualidad, que establecen, porcentajes de incapacidad de un 50%.

Por lo tanto, se llegaría a afirmar, que aquellas personas que les fuere declarada una incapacidad menor al 75%, pero igual o mayor al 50%, en vigencia del Decreto 1796 de 2000, no tendrían derecho a la mencionada prestación social; sin embargo, la jurisprudencia constitucional, atendiendo al contenido del Art. 6 de la Ley 923 de 2004¹², da lugar al reconocimiento pensional, sin importar la causa de la invalidez valorada –ya sea común o derivada del servicio-.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 146 de 2013¹³, refirió:

“De lo anterior se puede concluir que a los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de disfrutar de una pensión de invalidez cuando durante el servicio adquirieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta antes del 7 de

¹² “**Artículo 6°. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley”.**

¹³ M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

agosto de 2002. Del mismo modo, el decreto menciona a los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, señala que son éstos, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía y a la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía.

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, ésta en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

“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”.

Esta ley dispone en su artículo 6 que dicha normatividad deberá aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.”

Apreciación jurídica – normativa, reiterada en Sentencia T-039 de 2015¹⁴, donde se sostuvo:

“En suma, aunque el reconocimiento de la pensión de invalidez requería la acreditación de una pérdida de capacidad laboral igual o superior a 75% para los miembros de la Fuerza Pública, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, dicho requisito sufrió una modificación, y el derecho se adquiere ante una mengua de la capacidad laboral igual o superior al 50%. Así mismo, el artículo 6 de dicha ley es aplicable a los “hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002.

(...)

En resumen, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la diferencia entre los regímenes para el reconocimiento de pensiones de invalidez establecidos Ley 100 de 1993 y el especial

¹⁴ Corte Constitucional. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de los miembros de la Fuerza Pública, resulta ajustada a derecho y no constituye per se una violación al principio de igualdad. Por otra parte, se ha indicado que la Ley 923 de 2004 derogó todas las disposiciones que resultaban contrarias e introdujo un cambio respecto de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

De igual manera, y tratándose de los efectos retroactivos del artículo 6 de la Ley 923 de 2004, la Corte ha reconocido pensiones de invalidez a miembros de la Fuerza Pública por hechos ocurridos con anterioridad al siete (7) de agosto de dos mil dos (2002), en virtud del principio de progresividad y favorabilidad.

Por último, esta Sala puede concluir respecto del origen de la pérdida de capacidad laboral, que los Tribunales Médico Laborales dentro de sus informes determinan un porcentaje único de resultado sin que la discriminación del origen común o profesional pueda ser un elemento válido para negar el reconocimiento pensional de un miembro de la Fuerza Pública que contribuyó con la defensa del Estado y sus instituciones, y que presenta una pérdida de capacidad laboral de más del 50% según lo regulado por el Decreto Reglamentario 4433 de 2004."

Luego entonces, no puede ser confundida la prestación en comento, con el retiro que pueda suceder de una persona que como alumno hizo parte de una Escuela de Formación de la Policía Nacional, ya que las dos tienen elementos distintos. Al efecto, mientras la pensión de invalidez, tiene las connotaciones señaladas, el retiro en mención, pende de la condición de aptitud para el servicio, lo cual es calificado a través de la Junta Médica Laboral o del Tribunal Médico Laboral, en los casos en que es convocado.

2.3.2. Caso concreto

La parte demandada recurrente, busca a través de su recurso que no se declare la nulidad de la resolución No. 00324 de 2007, en tanto, mediante auto del 10 de marzo de 2014, se había dispuesto por el Juzgado de conocimiento, que no se tendría como pretensión el numeral quinto de la demanda, esto es, la nulidad del acta de la Junta Médico Laboral, de ahí que, no le es dable al juzgador, al haberse excluido tal documento, declarar la nulidad de la resolución de retiro que ejecutó la decisión de las autoridades médicas, esto es, la resolución antes mencionada, a lo cual

bien puede adicionarse, que tal resolución es un tema distinto al que aquí se debate.

Para la Sala, las pretensiones del demandante, en cuanto a la solicitud de nulidad de actos administrativos, se fijaron de la siguiente manera:

-. Nulidad de la Resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, proferida por la Dirección de la Policía Nacional, mediante la cual, se retiró al demandante de la Escuela de Carabineros Rafael Núñez, como consecuencia de sobrevenir una incapacidad.

-. Nulidad de la Resolución No. 00770 de abril 9 de 2007, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual, se negó en su momento, el reconocimiento y pago de una indemnización a favor del demandante y a la pensión de invalidez, derivada de su pérdida de capacidad laboral.

-. Nulidad de la Resolución No. 01116 del 12 de diciembre de 2008, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual, se confirmó la resolución No. 00770 de abril 9 de 2007.

-. Nulidad de la Resolución No. 0122 de enero 20 de 2009, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por la cual se confirman las resoluciones Nos. 00770 de abril 9 de 2007 y 01116 de diciembre 12 de 2008, declarándose agotada la vía gubernativa.

-. Nulidad del Acta de Junta Médica Laboral No. 4370 de 13 de marzo de 2007, en tanto, no es cierto lo inscrito en el numeral "IV SITUACIÓN ACTUAL" y el numeral "VI CONCLUSIONES", literal D "IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO".

A su vez, mediante auto del 10 de marzo de 2014, el Juzgado de primera instancia, textualmente señaló: "... al tener claro que las actas expedidas por la Junta Laboral, son solo actos administrativos de trámite y ante esto no

se agotó vía gubernativa¹⁵, que son susceptibles de apelación, y en cuanto que en la presente demanda, no se observa que se interpusiera contra este recurso, conforme lo ordena el Decreto 1796 de 2000, por lo que solo se admitirá la demanda, frente a las pretensiones primera a la cuarta¹⁶, ya que la descrita en la quinta, la cual hace relación a la Junta Médica, no es susceptible de demanda, por lo aquí expuesto" (folio 121 vto.).

Dicho auto, se notificó conforme estado No. 014 del 11 de marzo de 2014 (folios 122 vto./123 a 125/127 – 129, sin que contra el mismo, se interpusiera recurso alguno.

En audiencia inicial efectuada el día 24 de noviembre de 2015, la a quo determinó el problema jurídico a considerar en este asunto, de la siguiente manera: *"¿Son nulos los actos administrativos hoy motivo de nulidad y si el señor Jairo José Herazo Valenzuela, tiene derecho a que se le reconozca pensión de invalidez con base a la calificación de la Junta Médica Laboral de la Policía Nacional realizada en acta No. 4370 del 13 de marzo de 2007, donde se señaló una incapacidad permanente parcial, con una disminución de la capacidad laboral del 85% con ocasión a la enfermedad de origen común denominada pscosis esquizofrénica? (Cfr. Folio 346).*

A su vez, en auto proferido por este Tribunal en este mismo asunto, fechado a 23 de abril de 2015, textualmente se dijo:

"Es de anotar, finalmente, que deben ser los actos administrativos demandados, aquellos que deben ser considerados por la jurisdicción¹⁷, dado el tema de debate, en tanto, en el acta No. 4370, nada se dijo respecto a la calificación de la incapacidad y a la imputación (Cfr. Folio 29), siendo estos temas, finalmente tratados en las resoluciones demandadas".

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección "B". Sentencia del 11 de noviembre del año 2010. Consejero Ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número 76001-23-31-000-2007-01376-01 (1408-09).

¹⁶ (5) Fls. 84 – 100. Subsanación de la demanda.

¹⁷ Corrección que la primera instancia, bien puede hacer en la fijación del litigio.

Luego entonces, al no tenerse como acto administrativo definitivo demandado, el Acta de Junta Médica Laboral No. 4370 de 13 de marzo de 2007, al incidir el mismo en el contenido de la resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, manteniendo su legalidad, tiene razón la parte recurrente en cuanto afirma que esta última resolución no podía ser declarada nula, pues, su legalidad dependía de la consideración de ilegalidad del Acta de Junta Médica a menos que se presente otra causal invalidante, lo que no ocurre en este caso.

A parte de lo anterior, tal y como se anotó en el marco normativo, si lo pretendido como restablecimiento del derecho era que *“se ordene a la POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA (...) a proferir la condigna (sic) resolución de reconocimiento de la PENSIÓN POR INVALIDEZ, y de contera CANCELAR las mesadas causadas desde la suspensión de la misma hasta que se restablezca o se dicte sentencia, y en el porcentaje equivalente al NOVENTA Y CINCO POR CIENTO (95%) del sueldo o salario básico mensual de un patrullero del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y los intereses que se causen hasta el pago total como lo ordena el art. 177 del C.C.A.”*, evidentemente que el tema del proceso, no podía ser el retiro de la Escuela de Formación de la Policía Nacional del señor JAIRO JOSÉ HERAZO VALENZUELA, por ende, la resolución que así lo dispuso, al mantener una base legalmente sólida debía permanecer incólume. Nótese que de igual manera, contrario a lo que sostiene la primera instancia, tal acto administrativo no decidió el tema de la pensión de invalidez.

En **resumen**, se revocará la decisión de primera instancia, en lo que hace a la declaratoria de nulidad de la resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, *“por medio de la cual se retira a un estudiante de la Dirección Nacional de Escuelas – Escuela de Carabineros Rafael Núñez”*, en tanto, no era objeto de debate dentro del presente asunto.

IV.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, no hay lugar a condena en costas -Art 365 del C. G .del P.-, como quiera que en el presente asunto, se accede a las súplicas del recurso de apelación.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia de fecha 28 de julio de 2016, específicamente en lo que hace a la declaración de nulidad de la Resolución No. 000324 del 7 de diciembre de 2007, *“por medio de la cual se retira a un estudiante de la Dirección Nacional de Escuelas – Escuela de Carabineros Rafael Núñez”*, de conformidad con las razones expuestas.

CONFÍRMESE tal determinación en lo restante.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme lo anotado.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, regrese el expediente a su lugar de origen, previas las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0075/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA