

Cartagena de Indias D, T y C, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2016-00848-00
Demandante	LUÍS EDUARDO VILLAREAL VELASCO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL
Tema	PENSIÓN DE INVALIDEZ
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por el señor LUÍS EDUARDO VILLAREAL VELASCO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

1.1. PRETENSIONES.

"Primera:

a.-) Que se declare la Nulidad de la Resolución No. Resolución No. 2596 del 5 de Septiembre del 2005 mediante la cual le negaron la Pensión de Invalidez a mi poderdante, acto que fue proferido por la Secretaria General MARIA DEL PÍLAR HURTADO AFANADOR, el Director Administrativo LILIANA PEREZ URIBE y el Coronel RICARDO ESPITIA GARZON Coordinador Grupo Prestaciones Sociales.

b.-) Que se decrete la Nulidad de la Resol. No. 207 del 31 de Enero del 2006, mediante la cual en atención al recurso de reposición decide confirmar lo expuesto en la Resol No. 2596 del 5 de Septiembre del 2005, es decir, negando la pensión de invalidez al demandante.

Segunda: Que a manera de Restablecimiento de derecho, se sirva ordenar a la accionada reconocer, pagar e incluir en la nómina de pensionados a mi poderdante, como quiera

¹ Folios 1 - 13

que sufrió una pérdida de la capacidad sicofísica definitiva del **61,89%**, producida en el servicio por causa y razón del mismo.

Tercera: Que a manera de restablecimiento del derecho se ordene a la accionada a cancelar la correspondiente indexación.

Cuarta: Que se ordene a la accionada a cancelar los intereses que por la mora que se está generando contados desde que se negó el derecho hasta cuando de cumplimiento al fallo.

Quinto: Que se sirvan iniciar los correspondientes descuentos con destino a la Caja Promotora de Vivienda Militar a manera de ahorros, a fin de que pueda obtener su vivienda militar y el subsidio correspondiente.

Sexto: Que se le ordene a la accionada realizar los descuentos porcentuales correspondientes con destino al Subsistema de Salud Fuerzas Militares en este mismo orden de ideas se coordine en el menor tiempo posible su inclusión como cotizante.

Quinto: Que se condene a la accionada a pagar los daños (materiales e inmateriales) que le ha causado a mi poderdante, así:

1.-) Por Concepto del Daño Emergente.

Como quiera que mi poderdante, sin contar con un ingreso económico y sin un trabajo que le permitiera solventar los gastos diarios de su hogar, tuvo que acudir a préstamos de dinero a altos intereses.

Las sumas están descritas en letras de cambio, así:

Una por ocho millones de pesos (\$ 8'000.000,00)

La otra letra por diez millones de pesos (\$ 10'000, 000,00)

3.-) Por Concepto de los Perjuicios Morales.

a.-) Para mi poderdante el Señor LUIS EDUARDO VILLAREAL VELASCO, en calidad de directamente afectado, pues una vez supo de la pérdida de la capacidad sicofísica y de la declaratoria de no apto para el servicio por unos hechos ocurridos en el servicio por causa y razón del mismo, la institucionalidad Armada Nacional Infantería de Marina lo premió con el retiro del servicio, dejándolo cesante, sin un trabajo digno y abandonado a su propia suerte, al dejarlo cesante también finalizo para él y su familia la protección de los servicios de salud, tales como medicamentos, asistencia médica especializada. Se le cerno el derecho a seguir ahorrado a la Caja Promotora de Vivienda Militar. Quedo viviendo de la caridad de sus familiares más próximos y amigos, todos los ingresos económicos y de bienestar que mi prohijado le brindaba a su esposa e hijos se truncaron de un momento a otro. Para la fecha de la resolución que despacho desfavorablemente el derecho a la pensión, si existía norma que lo favorecía con esta prestación, en atención justamente a que se superaba el 50% de la pérdida de la capacidad laboral, la impotencia ante las injustas del estado patrón desde entonces lo ha embargado, no ha tenido tranquilidad en su alma, aparte de las patologías que trastornan su estado sicofísico por un hecho del servicio que lo dejo maltrecho, se han sumado también las injustas de la demandada, con su negativa prestacional por más de (10) diez años. Suma que estimamos en un valor equivalente a los **(2000) dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes o la suma que resultare probada.**

Sexto: Que se condene a la accionada al pago de las costas y agencias judiciales.

Séptimo: Que se sirva ordenar a la accionada dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA."

1.2. HECHOS

Manifiesta el actor que se encontraba en servicio activo en la Infantería de Marina Armada Nacional en el grado de Soldado Profesional; según el informe administrativo por lesiones, de fecha 03 de Marzo del 2001 su estado sicofísico sufrió graves alteraciones, a la letra dice *“En hechos ocurridos el día 03 de marzo del 2001 en operaciones de registro y control de área, entre el kilómetro 56 y la coquera Municipio del Carmen de Bolívar y Ovejas Sucre respectivamente, se presentó un combate con bandoleros de las auto-determinadas FARC, de donde resulto Herido con trauma, facial por esquirlas el infante de Marina Profesional 8836508 VILLAREAL VELASCO LUIS, orgánico de esta unidad.”*

Del mismo Informe Administrativo por Lesiones se lee lo siguiente *“De conformidad con lo establecido en la resolución No. 2625 de Abril 09/90, la lesión del mencionado Infante de Marina Profesional ocurrió en el servicio, por causa herida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, de acuerdo al literal “c” artículo 35 del decreto 94/89, es decir la lesión se produjo en el servicio, por causa y razón del mismo”.*

El 31 de diciembre del 2001, la Junta Medico Laboral No. 147 concluyó que tiene una incapacidad relativa y permanente no apto para el servicio, y determinó una disminución de la capacidad laboral de 70.16%.

Inconforme con la calificación de la Junta Medica Laboral decidió interponer la revisión correspondiente ante el Tribunal Medico Laboral y de Revisión Militar y de Policía, éste ente mediante acta No. 2068 Registrada al Folio No. 117 del Libro de Tribunales Médicos, decidió *“Teniendo en cuenta lo anterior los miembros del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía por unanimidad decidieron MODIFICAR la totalidad de las conclusiones del Acta de Junta Medica Laboral Armada No. 147 del 31 de Diciembre de 2001”,* así, las cosas conservaron todo lo expuesto por la Junta Medica Laboral y solo se Ocuparon de DISMINUIR el porcentaje de pérdida del porcentaje de la capacidad Laboral pues del **(70.16) %** inicial, lo rebajaron al **61.89 %**, acto final.

Desde que el actor resultó afectado en su integridad personal y síquica, fue retirarlo de la Institución Militar, quedó sin ingresos económicos, quedó desafiliado al Subsistema de Salud Fuerzas Militares, le suspendieron todos los servicios médico asistenciales correspondientes a las patologías, dejó de seguir cotizando para obtener su vivienda propia a la Caja de Vivienda Militar.

En virtud de una acción Tutelar surtida ante el Consejo Superior de la Judicatura Sala de Jurisdicción Disciplinaria rad. 20040904201, se ordenó *“al Ministerio de Defensa Nacional y a la Armada Nacional garantizar al actor la asistencias médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera”*.

En virtud del puntaje de pérdida de la capacidad laboral definitivo del 61.89%, presentó derecho de petición al Ministerio de Defensa Nacional Secretaria General, solicitando su PENSIÓN POR INVALIDEZ, dado que con fecha del 2 de Julio del 2003, fue retirado del servicio activo, desprotegido laboralmente y sin ingresos, desvinculado de los servicios de salud (para él, esposa e hijos), quedo viviendo de la caridad pública, y de la poca ayuda que le brindan sus familiares y amigos, situación que no ha cambiado, aspectos que lo han obligado a acudir a esta vía judicial.

Con fecha del 5 de septiembre del 2005, el Ministerio de Defensa Nacional Secretaria General expide la Resolución No. 2596, acto administrativo mediante el cual resuelven declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago a suma alguna por concepto de pensión de Invalidez., pese a estar vigente para esa época la Ley 923 del 2004 y su artículo 3.5.

Por otro lado, el actor adicionó la demanda en el sentido de indicar que el artículo 26 de la Ley 361 de 7 de febrero de 1997, estableció unos mecanismos de integración social de las personas con limitación, y previó una sanción a favor de quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación sin el cumplimiento de los requisitos legales, consistente en una indemnización equivalente a 180 días de salario; así las cosas, el demandante considera que tiene derecho a dicha indemnización.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

Considera el demandante que se viola la siguiente norma: Ley 923 de 2004, artículo 3.5.

Concepto de violación: Manifiesta que el acto acusado viola la norma en cita, por cuanto su puntaje de pérdida de la capacidad laboral está por encima del 50% previsto en la ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo derecho a dicha prestación periódica.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda (Fls. 74 - 76), notificación a las partes (Fl. 80).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, dentro de la cual se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito (Fl. 156 - 158).

Las partes demandante y demandada, recorrieron el traslado reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio y el memorial de contestación, respectivamente (Fls. 159 - 165).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en los siguientes términos:

Expone que el acto administrativo atacado goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentra viciado por alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011; y se encuentra establecido que, a la fecha de expedición del acto acusado, se actuó conforme a las normas aplicables al señor Villareal Velasco (Fls. 101 – 108).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. Problema jurídico.

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si: *¿El demandante tiene derecho a una pensión de invalidez en los términos establecidos en el numeral 3.2 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004; e igualmente, si tiene derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, al ser despedido en razón de la pérdida de su capacidad laboral?*

3. Tesis de la Sala.

La Sala de Decisión: i. negará las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez en aplicación del numeral 3.5 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por no encontrarse vigente

al momento de la ocurrencia de la lesión del actor que originó la disminución de su capacidad laboral; y ii. se inhibirá para pronunciarse de fondo respecto de la pretensión de indemnización por despido injusto, al no ser susceptible de control judicial por cuanto el actor no agotó la actuación administrativa en ese sentido.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

Del régimen especial de pensión de invalidez aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

La capacidad sicofísica, se ha definido como el conjunto de condiciones físicas, síquicas y mentales que le permiten a una persona desempeñarse como miembro activo de la fuerza pública, las cuales son verificables al momento del ingreso al servicio, para la permanencia o ascenso, y definen la situación médico laboral y las consecuencias prestacionales y asistenciales a que den lugar.

En este contexto, el Decreto 94 del 11 de enero de 1989, instituyó una pensión de invalidez, para el personal de oficiales, suboficiales y agentes, así:

“ARTÍCULO 89. Pensión de invalidez del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes.

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

- a) El 50% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.*
- b) El 75% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance al 95% y no alcance el 95%.*
- c) El 100 % de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.»*

De lo anterior, se establece que la pensión de invalidez estaba condicionada a la pérdida de la capacidad sicofísica en al menos un 75%, y que dicho porcentaje definía el monto pensional.

Posteriormente, el Decreto 1796 de 2000, determinó una pensión de invalidez para 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 no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en función de la pérdida de la capacidad sicofísica, así:

“ARTICULO 39. LIQUIDACION DE PENSION DE INVALIDEZ DEL PERSONAL VINCULADO PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES. Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y liquidada como a continuación se señala:

a. El setenta y cinco por ciento (75%), del salario que se señala en el parágrafo 1o del presente artículo, 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%) del salario que se señala en el parágrafo 1o del presente artículo, 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%), del salario que se señala en el parágrafo 1o del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio será el sueldo básico de un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

PARAGRAFO 2o. Para los soldados profesionales, la base de liquidación será igual a la base de cotización establecida en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales.

PARAGRAFO 3o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75% no se generará derecho a pensión de invalidez.”

Esta normativa, expedida por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, entró en vigencia el 14 de septiembre de 2000, y mantuvo la pensión de invalidez a

partir de un porcentaje de pérdida de la capacidad sicofísica del 75%, en cuya función se determina el monto pensional, que paso del 50% al 75% de las partidas computables que establezcan las disposiciones que rigen la materia.

Luego, se expidió la Ley 923 de 2004, cuyo contenido para los efectos de la pensión de invalidez en la fuerza pública corresponde a:

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

(...)

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

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004 estableció en su artículo 30 que:

"ARTÍCULO 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

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

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

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

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 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. (...)"

Conforme a lo anterior, en materia normativa se definieron unas condiciones prestacionales mínimas para la fuerza pública, dentro de las cuales, instituyó una pensión de invalidez cuyo monto mínimo sería del 50% de las partidas computables para el efecto que defina la normatividad pertinente, y que, para el efecto, no podría requerirse menos del 50% de la pérdida de la capacidad laboral.

Siguiendo la misma línea, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mantuvo el 75% como porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral para obtener el derecho a la pensión de invalidez, siempre que fuere causada por actos del servicio.

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- En hechos ocurridos el día 3 de marzo de 2001, en operaciones de registro y control de área, entre el kilómetro 46 y la Coquera Municipio de El Carmen de Bolívar y Ovejas Sucre respectivamente, se presentó un combate con bandoleros de las autodenominadas FARC, donde resultó herido con trauma facial por esquirlas el Infante de Marina Profesional 8836508 LUÍS VILLAREAL VELASCO, orgánico de esa unidad; lesión que se produjo en el

servicio, por causa y razón del mismo – artículo 35 del Decreto 94 de 1989 (Fl. 26).

- Al demandante le fue practicada Acta de Junta Médica laboral No. 147 de diciembre 31 de 2001, así como Tribunal Médico Laboral de revisión Militar y de Policía No. 2068 de julio 23 de 2002, por la que se le determinó una disminución de la capacidad laboral del 61.89%, por lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo, y su retiro se produjo el 2 de julio de 2003 (Fl. 17).

- Mediante Resolución No. 2596 de 5 de septiembre de 2005, la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, resolvió negar una solicitud de pensión de invalidez incoada por el actor, al no cumplir con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral establecido en el Decreto 1796 de 2000 para ser acreedor de dicha prestación (Fls. 17 – 18).

- Contra la anterior resolución el demandante interpuso recurso de reposición, siendo resuelto por la Resolución No. 207 de 31 de enero de 2006, por la cual se confirma la anterior (Fls. 52 – 53)

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, pretende la parte demandante que se declare nula la Resolución No. 2596 de 5 de septiembre de 2005, por la cual la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, resolvió negar una solicitud de pensión de invalidez, así como la Resolución No. 207 de 31 de enero de 2006, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se confirma la anterior; y en su lugar, se ordene a la parte demandada le reconozca y pague dicha prestación, e indemnice al actor por concepto de perjuicios materiales y morales sufridos por la negativa de la demandada en reconocer la pensión deprecada.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda en razón a que el acto acusado goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentra viciado por alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011; y se encuentra

establecido que, a la fecha de expedición del acto acusado, se actuó conforme a las normas aplicables al señor Villareal Velasco.

Conforme lo citado en el marco normativo relacionado en precedencia, y los hechos probados procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado:

5.2.1 De la pensión de invalidez deprecada

Como quedó demostrado en el acápite de hechos probados, mediante Resolución No. 2596 de 5 de septiembre de 2005, la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, resolvió negar una solicitud de pensión de invalidez incoada por el actor, al no cumplir con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral establecido en el Decreto 1796 de 2000 para ser acreedor de dicha prestación, ya que la norma especial estableció dicho porcentaje en un mínimo del 75%, y Tribunal Médico Laboral de revisión Militar y de Policía lo calificó en una 61.89%, por lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo; la anterior decisión fue confirmada mediante la Resolución No. 207 de 31 de enero de 2006.

Ahora bien, pretende el demandante la nulidad de los anteriores actos administrativos, y en su lugar se acceda a la pensión de invalidez deprecada, pero en aplicación del numeral 3.5 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, que dispuso que *“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”*.

No obstante lo anterior, la anterior normativa entró en vigencia el 30 de diciembre de 2004, y estableció en el artículo 6° que *“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.”*; pero en el sub examine, los hechos ocurridos al actor, que produjeron las lesiones por las que se le calificó la disminución de la capacidad laboral y conforme a los cuales solicita el

reconocimiento a la pensión de invalidez, datan del 3 de marzo de 2001, no siendo posible aplicarla retrospectivamente a la situación fáctica del demandante.

Así las cosas, al demandante no le era aplicable en el tiempo la Ley 923 de 2004, por lo que los actos acusados que negaron el reconocimiento a una pensión de invalidez en virtud de la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, el Decreto 1796 de 2000, mantienen incólume la presunción de legalidad, debiendo denegarse las pretensiones de la demanda en ese sentido.

5.2.2 Indemnización por despido injusto

En el sub judice, el demandante adicionó la demanda en el sentido de solicitar el reconocimiento de la indemnización por despido injusto, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al respecto, advierte esta Magistratura lo siguiente:

El artículo 161 del CPACA², regula los requisitos de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción contenciosa, señalando en su numeral 2º que, para demandar la nulidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, deben haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley resulten obligatorios, advirtiendo que en caso de que la Administración no otorgue oportunidad de su interposición no será un requisito exigible, procedimiento que anteriormente se conocía como agotamiento de la vía gubernativa y que actualmente, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se conoce como agotamiento de la actuación administrativa.

² "ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral."

A partir de la mencionada norma también surge la exigencia de que el administrado, previó a acudir a la Jurisdicción y solicitar el reconocimiento de derechos, obtenga un pronunciamiento de la administración con base en el denominado "*privilegio de la decisión previa*", toda vez que "*la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez*"³.

Lo anterior consiste en que, por una parte, la Administración pueda decidir o reconsiderar la decisión sobre el reconocimiento o no de un derecho, y por otra, constituye una garantía para el administrado, en tanto que pueda directamente lograr lo pretendido sin acudir a la vía judicial, en virtud de los "*principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política*"⁴.

Sobre el tema ha precisado el Consejo de Estado⁵ además lo siguiente:

*"Corresponde al actor reclamar en la vía gubernativa las pretensiones que pretende hacer valer ante la instancia judicial. Así lo manda el privilegio de la decisión previa conforme al cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, **no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez.** La reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste; y para el administrado también puede resultar ventajosa ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito."* (Negrillas de la Sala)

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que no es posible emitir pronunciamiento de fondo en lo que atañe a la pretensión de indemnización por despido injusto, al no ser dicho asunto susceptible de

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de junio de 2005, exp. 2270-04

⁴ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B, providencia del 3 de febrero de 2011, radicación No. 54001-23-31-000-2005-00689-02 (0880-10)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), Radicación número: 15001-23-31-000-2000-00629-01 (2270-04).

control judicial, en razón a que el demandante no agotó la actuación administrativa respecto de la misma.

En atención a lo expuesto, la Sala de Decisión i. negará las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez en aplicación del numeral 3.5 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por no encontrarse vigente al momento de la ocurrencia de la lesión del actor que originó la disminución de su capacidad laboral; y ii. se inhibirá para pronunciarse de fondo respecto de la pretensión de indemnización por despido injusto, al no ser susceptible de control judicial por cuanto el actor no agotó la actuación administrativa en ese sentido.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: INHIBIRSE para pronunciarse de fondo sobre la pretensión de indemnización por despido injusto deprecada por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

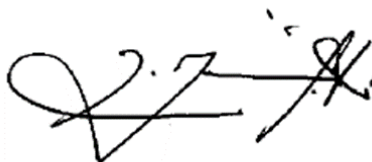
SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió el señor LUÍS EDUARDO VILLAREAL VELAZCO contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

Aclara Voto