



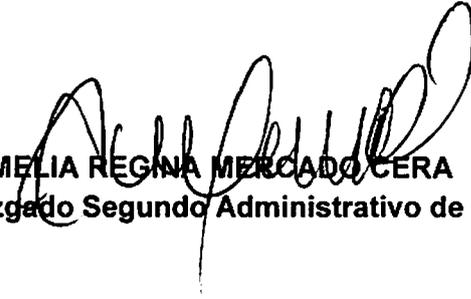
**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

**ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011**

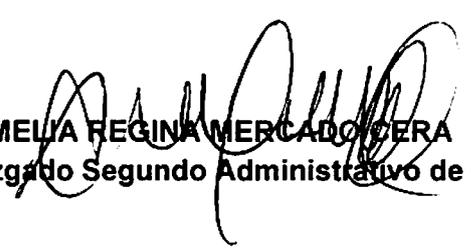
<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-002-2018-00193-00
<b>Demandante/Accionante</b>	DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA
<b>Demandado/Accionado</b>	NACION- MINISTYERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL APODERADO DE LOS DEMADADOS, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Hoy NUEVE (9) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019).

EMPIEZA EL TRASLADO: DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) A LAS 8:00 A.M.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: DOCE (12) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019) A LAS 5:00 P.M.

  
AMELIA REGINA MERCADO CERA  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena



Cartagena de Indias D. T. y C, Febrero de 2019

RECIBIDO  
2019 FEB 15 10:52 AM  
Página 1

Doctor:  
**ARTURO MATSON CARBALLO**  
JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA  
E. S. D.

MEIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA  
RADICACION: 130013333002-2018-00193-00  
DEMANDANDO: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

**MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA**, abogado en ejercicio, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 12.751.582 de Pasto y Tarjeta Profesional No. 149110 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL**, me permito comparecer al proceso. En consecuencia solicito de manera respetuosa se me reconozca personería jurídica para actuar en los términos y para los fines indicados en el poder a mi conferido y el cual anexo a este escrito con sus respectivos soportes. Con base en el mismo y por medio del presente escrito procedo a dar **CONTESTACION A LA DEMANDA** del proceso de la referencia, para lo cual pongo a consideración las siguientes consideraciones y argumentos:

**FRENTE A LAS PRETENSIONES:**

En calidad de apoderado judicial de la parte demandada **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL** me opongo a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda, teniendo en cuenta que mi representada ha actuado conforme a la normatividad aplicable a este caso concreto y el señor **DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA** en ningún caso ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos acusados o por lo menos haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos para ser beneficiario del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. De igual forma operó la caducidad del medio de control sobre las pretensiones de reintegro e indemnización de los perjuicios causados.

**PROBLEMA JURIDICO**

¿Son nulos los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al hoy demandante y en consecuencia, debe la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional reconocer y pagar una pensión de invalidez a favor del señor **DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA**?

**EXCEPCIONES**

**CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL FRENTE A LAS PRETENSIONES DE REINTEGRO AL SERVICIO**



Se invoca el fenómeno de la caducidad del control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del presente proceso, teniendo en cuenta que el actor precisa que radicó petición solicitando el pago de una pensión de invalidez, a lo que la entidad pública le dio respuesta en sentido negativo, esta negativa al tratarse de prestaciones periódicas puede demandarse en cualquier tiempo.

SIN EMBARGO NO SUCEDE LO MISMO CON EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RETIRA DEL SERVICIO, pues bien, en virtud de lo manifestado por el accionante tenemos que en el numeral d) del artículo 164 del CPACA se estableció un término perentorio de 4 meses a partir de la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto administrativo para instaurar la respectiva acción judicial, so pena de operar el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, esto teniendo en cuenta que el acto administrativo de retiro resolución No. 0092 de 30 de enero de 2017 fue notificado el 20 de abril de 2017 se configura la caducidad del medio de control, ya que la demanda fue presentada el 30 de agosto de 2018:

Página | 2

*"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*(...)*

*2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

*d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al día de comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales."*

Habiéndose establecido lo anterior, al no ser atacada de forma oportuna la determinación de la Dirección Nacional de la Armada Nacional y relativa al retiro del actor, la situación jurídica del demandante quedó consolidada. Sobre este tema revisar Sentencia C-417 de 2018 Consejo de Estado<sup>1</sup>.

**INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES**

En primer lugar conviene destacar que esta pretensión de reintegro al servicio, no puede ser acumulada con la de nulidad y restablecimiento del derecho tendiente al reconocimiento de una pensión de invalidez, pues el artículo 165 del C.P.A.C.A dispone que se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas, concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el acto ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la jurisdicción contencioso administrativo será competente para su conocimiento y resolución.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas. (...)*



Evidentemente en el caso concreto las pretensiones de reintegro y reconocimiento de pensión de invalidez se excluyen entre sí, al tratarse de situaciones jurídicas contrarias, además que como ya se expuso arriba se configuró la caducidad del medio de control por no haber demandado el acto administrativo de retiro resolución No. 0012 de 30 de enero de 2017 notificado el 20 de abril de 2017 se contaba hasta el 20 de agosto de 2017 para impetrar la acción judicial.

**FALTA DE AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE A LAS PRETENSIONES DE REINTEGRO**

Si bien la jurisprudencia establece con claridad que en asuntos de pleno derecho no se requiere trámite de conciliación prejudicial, no sucede lo mismo con los actos administrativo de retiro del servicio por tanto al no OMITIR presentar la solicitud de conciliación extrajudicial en contra de mi representada y al ser requisito obligatorio para presentar la demanda.

Ahora bien, en efecto, el Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 estipuló la obligatoriedad de esta diligencia para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de medios de controles de contenido subjetivo, entre ellos, nulidad y restablecimiento del derecho y posteriormente, el Decreto 1716 de 2009 reglamentó esa institución procesal fijando entre otros aspectos, los asuntos que son susceptibles de conciliación extrajudicial, además así también lo dispuso el numeral 1 del artículo 161 del CPACA.

*Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

*1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.*

*En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.*

*Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios legales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación."*

En ese orden de ideas, se advierte que las normas sustantivas y adjetivas que gobiernan los asuntos que se ventilan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, disponen con suficiente claridad que aquellos casos donde no se vende una prestación periódica debe atenderse a las reglas de cumplimiento del requisito de procedibilidad como lo es, agotar el trámite de conciliación prejudicial contenida en el numeral 1 del artículo 161 del CPACA, por tanto solicito al despacho se declare la FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

**DE PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO:**

El acto administrativo atacado, goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentre viciado de alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De igual forma se encuentra establecido que a la fecha de expedición del acto se actuó conforme a las normas aplicables al señor **DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA**.

**EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE BUENA FÉ:**

El acto administrativo atacado no solo goza de presunción de legalidad, sino que además se debe partir del hecho de que el funcionario que profirió el acto



administrativo lo ha hecho acatando la Constitución y la Ley y en observancia de los principios generales que regulan la actuación pública.

**Y LA INNOMINADA:**

Interpongo esta excepción frente a toda situación de hecho y/o derecho que resulte probada en el presente proceso y que beneficie los intereses de la entidad que represento.

Solicito el reconocimiento oficioso, en la sentencia, de los hechos que resulten probados y que contribuyan una excepción de fondo. Las demás que considere el despacho.

**FRENTE A LOS HECHOS:**

Se dan por ciertos los hechos que infieren que el **IMP DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA** perteneció a la Armada Nacional, sufrió lesiones en actividades militares y consecuentemente resulto con un porcentaje de disminución de capacidad psicofísica del 48% en Junta Medico Laboral que recomendó reubicación laboral sin embargo este concepto fue revocado por el Tribunal Medico Laboral que dispuso:

Respecto de recomendación de reubicación laboral esta Instancia evidencia y considera que en concordancia a lo anteriormente expuesto y las secuelas que presenta el calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la institución, toda vez que la patología mental que presenta, le impide permanecer en este tipo de instituciones que genera estresores que pueden agravar su patología; además, el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso a armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamado a proteger y hacen que médica y legalmente no sea apto para actividad Militar. Es necesario manifestar por parte de esta Instancia que cuando hay una afección psiquiátrica se considera desde el punto de vista médico, que aun en labores administrativas, reubicar laboralmente al paciente es un acto irresponsable que puede generar indefinidas consecuencias ante una reacción sorpresiva propia de estas enfermedades. En consecuencia, no se recomienda reubicación laboral del calificado.

Los hechos 17 al 24 deberán ser probados ya que no me consta lo aquí manifestado, frente a estos se presenta controversia.

**ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LAS PRETENSIONES INCOADAS POR LA PARTE DEMANDANTE**

**INAPLICABILIDAD DE LA LEY 100/93 EN EL CASO QUE NOS OCUPA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA FUERZA PÚBLICA:**

En efecto en sentencia C-432 de 2004<sup>2</sup>, la Corte Constitucional concluyó que el régimen prestacional de la fuerza pública es un RÉGIMEN ESPECIAL y no puede ser regulado ni por una ley ordinaria, como la ley 100 de 1993 ni por decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al ejecutivo.

En éste último pronunciamiento la Corte resolvió varios interrogantes, antes de llegar a la conclusión a que aludimos en el párrafo anterior. Entre los que

<sup>2</sup> Sentencia C-432 de 2004 del 06 de mayo. Expediente D-4882 Demandante Rubiela Barrera Muñoz. M.P. Dr. Rodrigo Escobar



destacamos: ¿Qué se entiende por "régimen salarial y prestacional (...) de los miembros de la fuerza pública" al tenor de lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución?

El anterior cuestionamiento surgió a partir de la utilización de tal terminología en el artículo 150 - 19 literal e) de la C.N. Una vez aclaró que la dificultad radica no en la expresión "régimen salarial" sino en la de "régimen prestacional", dificultad que se concreta en torno a establecer cuáles son las prestaciones que obligatoriamente deben ser incluidas bajo la reserva de la ley marco, planteo las dos tesis que al respecto se han expuesto, esto es la tesis amplia y la restringida.

Página | 5

Posteriormente y a partir de la dificultad detectada, la Corte Constitucional se pregunta ¿qué materias están comprendidas en la reserva de ley marco correspondiente al régimen prestacional?

Es así como para responder tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

1. El sentido técnico-jurídico de las palabras, como criterio imprescindible de la hermenéutica constitucional, se explica a partir del entendimiento que de aquellas se hacen en la ciencia a la cual se aplican o en la cual se profesan.

Desde esta perspectiva, el término *prestacional* viene de *prestación*, la cual se define como el "objeto o contenido de la obligación, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa" es decir, es el hecho positivo o negativo que tiene que realizar el deudor a favor del acreedor.

2. En materia laboral, dichas *prestaciones* surgen a partir de la existencia de una relación laboral o contrato de trabajo y se encuentran reconocidas como derechos a favor de los trabajadores, en el artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta disposición alude al contenido normativo de las *prestaciones sociales*, en los siguientes términos: "1. Todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este título, salvo las excepciones que en el mismo se consagran. 2. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto".

3. Recoge lo expuesto por la Corte Suprema de justicia, cuando afirmó que las *prestaciones sociales* son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.

4. Las prestaciones sociales a cargo del empleador se distinguen en dos grupos: a) prestaciones inmediatas, y b) prestaciones mediatas. Las *prestaciones inmediatas*, son aquellas que corren a cargo del empleador como contraprestación directa por la prestación del servicio, tales como, las cesantías, las primas de servicios, las primas de antigüedad, la bonificación por servicios, el suministro de calzado y vestido, etc. En cambio, las *prestaciones mediatas*, son aquellas destinadas a cubrir los riesgos o contingencias propias de la seguridad social y que, si bien tienen su origen en una relación laboral, pueden ser trasladadas por el empleador a empresas especializadas en el manejo de dichos riesgos, a partir de las cotizaciones previstas en la ley, tales como, las contingencias de vejez, salud e invalidez.

Después de exponer los anteriores argumentos concluye la Corte que el concepto *régimen prestacional*, no sólo se limita a reconocer las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo sino también todas aquellas



otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como las pensiones de vejez invalidez sobrevivientes el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud.

A renglón seguido trae a colación los pronunciamientos de la Corporación que se han emitido en el mismo sentido y en particular resalta las Sentencias C-608 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-292 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en las que, como fundamento o razón esencial de su decisión judicial, determinó que las prestaciones que surgen de las contingencias propias de la seguridad social, tales como, las pensiones de vejez y sobrevivientes, se encuentran sujetas a la técnica de regulación propia de la ley marco.

Página | 6

Textualmente dijo la Corte:

*"...En primer término la Corte resalta la competencia del Congreso para expedir la disposición acusador, que se enmarca dentro de lo previsto por el numeral 19 del artículo 750 de la Constitución, va que fila unos límites generales al Gobierno, sin entrar en el terreno de lo específico, con arreglo a la doctrina que sobre el punto ha sentado esta Corporación, pues, como en esta providencia se resalta, las características del régimen pensional de los miembros del Congreso y de los demás funcionarios del Estado deben ser determinadas por el legislador ordinario en su marco general, y por el Ejecutivo en sus aspectos concretos, por disposición de la propia Constitución. De tal incinerera que la Carta reconoce un margen de configuración política a los órganos del Estado elegidos democráticamente – es este caso el Congreso y el Gobierno, en los ámbitos ya señalados, como sucede en otras materias de complejas dimensiones económicas sociales y técnicas(...) Por lo anterior se concluye que no queda duda alguna sobre el contenido normativo previsto en el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución política, en el sentido de exigir que el régimen de seguridad social de los servidores públicos del Estado, se regule a través de la tipología constitucional de la ley marco."*

Más adelante la Corte Constitucional, bajo el entendido de que la creación, desarrollo y regulación de un régimen especial prestacional de la fuerza pública se justifica por el fundamento y fin constitucional que fueron analizados en tal fallo, se pregunta ¿en que consiste -en concreto- dicho régimen prestacional especial?

Aclara antes que el carácter *especial* se contrapone a los calificativos *excepcional* y *autónomo*, en torno al ámbito de la aplicación de un régimen normativo en un determinado ordenamiento jurídico.

El derecho *excepcional*, como lo refiere la doctrina, es aquel régimen normativo que supone la existencia de otro -de mayor alcance y jerarquía- frente al cual se introducen derogaciones, subrogaciones o modificaciones en aspectos puntuales.

Es *derecho autónomo* el conjunto de disposiciones jurídicas que dependen de sí mismas y se encuentran sujetas a sus propios principios generales.

Finalmente, es derecho especial aquel régimen normativo que, sin llegar a ser autónomo, supone una regulación separada y libre de una materia independiente, que responde a una cierta y exclusiva individualidad técnica y económica.

Se puede entonces considerar que un *régimen prestacional especial* es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad.





140

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

Ahora bien, en concordancia con la política de exclusión de los miembros de la fuerza pública del sistema general de seguridad social de la Ley 100, el artículo 150-19 de la Constitución Política ha autorizado expresamente al Legislativo para que regule de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse los primeros.

Página | 8

De las citadas disposiciones se concluye que la Constitución Política admite la existencia de un régimen especial de prestaciones sociales exclusivamente dirigido a los miembros de la Fuerza Pública y que, por consiguiente, dicho sistema se encuentra regulado por disposiciones diferentes a las que constituyen el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, estas disposiciones constitucionales y legales han sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, corporación que reconoce en dicha distinción un principio de protección de los miembros de la fuerza pública que, sin embargo, se encuentra sometido a la libre configuración del legislador" (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional ha señalado también que:

"...las personas vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general". En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica." (viii) La Corte ha precisado además que dado que los sistemas de seguridad social -tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con neologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas -por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen-, no resultaría equitativo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación; (ix) Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirar del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. (x) Pero la Corporación ha precisado que solamente podría darse esa circunstancia (a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (c) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente. (Sentencia C-390 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) (Resaltado fuera de texto)

Por lo tanto, es importante tener en cuenta que, según la Corte Constitucional, es posible excepcionalmente formular y estudiar cargos de igualdad fundados en la comparación parcial entre un régimen especial y el sistema general de seguridad social, pero para ello ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Sen.encia T-348 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sen.encia C-956/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett  
Ibid. en sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett



1. Que en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social, frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones en salud.

2. Que en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad, pero para tal efecto se requieren los siguientes presupuestos:

a) Que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, Página | 9

b) Que la prestación tenga suficiente autonomía

c) Que la prestación no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios; en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.

Existe una discriminación si:<sup>6</sup>

i) La prestación es separable

ii) La ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial.

iii) No aparece otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

iv) La autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras.

v) La inferioridad del régimen especial debe ser indudable

vi) La carencia de compensación debe ser evidente.

Las anteriores subreglas no deben ser inaplicadas por el operador judicial, sino que por el contrario en cada caso deben analizarse si se configuran o no en orden a acceder o negar las pretensiones.

Son respetables pero no recibidos los argumentos planteados por el *a-quo*, al procurar que se de aplicación a una norma diferente a la señalada, sin tener en cuenta que la misma norma Ley 100 de 1993, establece claramente que su aplicación es para personal diferente al de las fuerzas militares y de policía el cual se rige por normas especiales, artículo 279. *"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."*

Al respecto ha de recordarse así mismo que la Corte ha sido enfática en que "...las prestaciones vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos por tales en que la regulación general sea más benéfica..."

Finalmente, en relación con el antecedente jurisprudencial de la Subsección "B", se recuerda que a ella solo la obliga el imperio de la ley y que la jurisprudencia solo es criterio auxiliar en la actividad judicial, como lo dispuso el artículo 230 de la Constitución Política. Además, por medio de esta providencia la Sección unifica su

<sup>6</sup> Sentencia C-080/99. Criterio reiterado en sentencias C-911 de 2003, C-1032 de 2002, C-956 de 2001 y Sentencia C-956 de 2003. Véase Eduardo Montealegre



jurisprudencia y reafirma la contenida en la sentencia del 13 de febrero de 2003, en el expediente radicado bajo el número 73001-23-31-000-1998-2006-01, número interno 1251/02, cuyo actor fue Harvey Osorio Vargas, proferida por la Subsección "A".

**DE LAS VALORACIONES DE LAS AUTORIDADES MEDICO LABORALES DEL REGIMEN ESPECIAL**

Los actos que definen la capacidad psicofísica del personal de las Fuerzas Militares y la policía Nacional se encuentran reglados por los decretos 094 de 1.989 y 1796 de 2000, que sustituye parcialmente el decreto 094 de 1.989.

La expedición de esta categoría de actos por mandato de los artículos 5 y 19 del Decreto 094 de 1.989 y 4 y 15 del decreto 1796 de 2000 corresponde a las autoridades médico laborales mediante la evaluación realizada por la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, autoridad que en sede de primera instancia se encuentra facultada para:

a. En el Decreto 094 de 1989:

- En virtud del Art. 21: Efectuar diagnóstico positivo, clasificar lesiones y secuelas, valorar la capacidad laboral para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines indemnizatorios cuando a ello hubiere lugar, con fundamento en la ficha de aptitud psicofísica ordenada para el efecto, el examen clínico general, los antecedentes remotos y próximos, diagnósticos, evolución y pronóstico de las lesiones o afecciones basadas en conceptos de especialistas.
- Con fundamento en el Artículo 37: Determinar claramente utilizando todos los documentos allegados si las afecciones han sido adquiridas en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 35, esto es, definiendo la imputación de la lesión o afección al servicio.

b. En el decreto 1796 de 2000, por mandato del artículo 15:

- Valorar y registrar las secuelas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
- Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.
- Determinar la disminución de la capacidad psicofísica
- Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
- Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por lesiones.
- Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

El artículo 16 *ibidem*, señala como soportes o fundamentos a las decisiones de la Junta médica los siguientes:

- La ficha médica de aptitud psicofísica.
- El concepto médico emitido por el especialista por el cual se especifique diagnóstico, evolución tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado

El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico laborales y en consecuencia se encuentra facultado para ratificar, modificar o revocar tales decisiones. También conoce en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del interesado.



Consagran los artículos 31 del decreto 094 de 1989 y 22 del decreto 1796 de 2000 el principio de irrevocabilidad de las decisiones del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, consagrandó ésta última disposición, que contra dichos actos sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECISIONES MÉDICO LABORALES

Tesis principal a plantear en la defensa Judicial

1. Las decisiones médico laborales más allá de ser simples actos de trámite, poseen elementos que permiten definirlos como verdaderos actos administrativos.
2. Proviene de autoridad competente: definida por la ley e instituida para el cumplimiento de específicas funciones.
3. Voluntad administrativa o decisión: por la cual se determinan los aspectos relativos a la aptitud y capacidad psicofísica del examinado, se determina la disminución de la capacidad psicofísica, se califica la enfermedad según sea profesional o común, se registra y determina la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por lesiones y demás antecedentes conocidos y se fijan los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.
4. Contenido que determina el alcance de la decisión de crear, modificar o extinguir una relación jurídica en ejercicio de la función administrativa: definido por los antecedentes médicos, clínicos, remotos y próximos, diagnósticos, evolución y pronóstico de las lesiones o afecciones basadas en conceptos de especialistas, análisis de causas y antecedentes fácticos en orden a determinar la imputabilidad de las lesiones y afecciones al servicio.
5. Contra las decisiones de las juntas médicas la ley ha previsto una instancia superior instituida para revisar sus actos mediante el ejercicio del recurso de reclamación previsto en el artículo 25 del decreto 094 de 1.989, ante el Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía, cuyos actos por mandato legal, por ser última instancia son irrevocables por la administración y objeto de las acciones jurisdiccionales pertinentes.
6. Las precisiones señaladas frente a las decisiones de las autoridades médico laborales de carácter militar y policial, corresponden a un régimen especial y se asimilan a los conceptos de la vía gubernativa, improcedencia de la revocatoria directa previsto y control jurisdiccional o posibilidad de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.
7. La definición de la situación médica laboral del personal de la Fuerza Pública a cargo de las entidades médico laborales, constituye una decisión administrativa autónoma, guiada por un procedimiento preestablecido en la ley, del cual se derivan efectos jurídicos de carácter administrativo y prestacional y no un simple acto preparatorio al reconocimiento prestacional, como se ha venido interpretando, en cuanto la situación médico laboral se define mediante decisiones que concluyen un procedimiento.
8. No interpuso el recurso de reclamación contra la decisión de la junta médica laboral previsto en la ley, ni demandadas las decisiones contenidas en el acta de junta médica laboral, la decisión en materia médico laboral cobra firmeza y ejecutoria por agotamiento de la vía gubernativa siendo improcedente su reclamación judicial en virtud del fenómeno de la caducidad y el principio de firmeza de las decisiones administrativas.



9. La definición de la capacidad psicofísica del personal al servicio de las Fuerzas Militares se determina y define por mandato de la ley por parte de las autoridades médicas laborales militares y de policía instituidas en el artículo 19 del decreto 94 de 1.983, modificado por los artículos 2 y 14 del decreto 1796 de 2000.

De lo anterior resulta procedente, dado el carácter especial otorgado por el legislador al estatuto de capacidad psicofísica aplicable al personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y el mandato expreso del legislador, concluir que la valoración de la capacidad psicofísica sólo puede ejecutarse por el organismo o autoridad instituido en la ley especial para el efecto, esto es, por las Juntas Médico Laborales y el Tribunal Médico de Revisión Laboral Militar y de Policía.

Tesis Subsidiaria A plantear En La Defensa Judicial

Las decisiones médico laborales contenidas en las actas de junta médica laboral militar o de policía y del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía forman parte de un acto complejo, en cuanto intervienen en la conformación de la voluntad administrativa de encomendada a diferentes órganos independientes entre sí, en virtud de competencias propias asignadas por la ley.

La tesis que se plantea deviene del planteamiento jurisprudencial que les niega a éstos actos la calificación de actos administrativos por cuanto posibilitan la expedición de actos definitivos, como el de retiro por incapacidad psicofísica, o el de reconocimiento de prestaciones sociales por causa de la incapacidad, o ambos.

Sobre el tema, el profesor Gustavo Penagos en su obra El Acto Administrativo precisa la noción y características de los actos complejos:

*“Los actos administrativos complejos son aquellos que en su conformación intervienen dos o más órganos para integrar la voluntad del estado, en tal forma que la expresión del querer jurídico de un solo órgano, no puede existir sin conjugarse con la del otro, por ser interdependientes para su existencia jurídica.*

*Conforme al concepto expuesto, los actos complejos se caracterizan:*

- a) Por tener unidad de contenido,*
- b) Unidad de fin,*
- c) Por ser interdependientes los dos o más actos expedidos por los órganos que intervienen en su conformación y expedición, de tal manera que la serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente.*
- d) los actos que integran el acto complejo no tienen vida independiente.*
- e) Hay fusión de voluntades de los órganos que concurren a su formación.”*

Así, correspondiendo a la persona Jurídica Nación - Ministerio de Defensa la producción de los actos de retiro por disminución de la capacidad psicofísica y de reconocimiento de prestaciones sociales por invalidez, incapacidad o disminución de la capacidad psicofísica, ésta actividad que es encomendada a diferentes instancias de la administración v.gr. autoridad nominadora, llámese Comando del Ejército Nacional, Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, Comando de la Armada Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares, Secretaria General del Ministerio de Defensa, Dirección General de la Policía Nacional; y autoridades médico laborales militares y de policía con competencias propias que la misma ley determina, a través de un procedimiento reglado y con independencia de los entes nominadores enunciados.

Con fundamento en lo anterior, quien demande la Nulidad de los actos que niegan el reconocimiento de pensión de invalidez, deben demandar el acto complejo



145

conformado por las decisiones de la Junta Médico laboral Militar y de Policía y del Tribunal Médico de Revisión laboral Militar y de Policía cuando se haya surtido el recurso de reclamación, así como el acto que niega la citada prestación, proferido por la autoridad nominadora. Algo que no sucedió en este caso.

**A DEFENSA JUDICIAL EN MATERIA PROBATORIA**

La definición de la capacidad psicofísica del personal al servicio de las Fuerzas Militares se determina y define por mandato de la ley por parte de las autoridades médico laborales militares y de policía instituidas en el artículo 19 del decreto 94 de 1.989, modificado por los artículos 2 y 14 del decreto 1796 de 2000.

El art. 19 del Decreto 094 de 1989 al respecto consagra:

ARTICULO 19.- Organismos médico laborales militares y de policía. Con excepción de lo determinado en los artículos 6º y 7º para los exámenes sicofísicos en el exterior, la capacidad psicofísica del personal de que trata el presente Decreto, será determinada únicamente por las autoridades médico militares y de policía. El inciso segundo del artículo 2 del decreto 1796 de 2000 prescribe:

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La previsión por parte del legislador de un régimen excepcional en materia de capacidad psicofísica para el personal al servicio de las Fuerzas militares y la Policía Nacional y la instancias médico laborales especiales para realizar su valoración encuentra explicación en las consideraciones consignadas por la H. Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de las normas que reglamentan la capacidad psicofísica del personal de la Fuerza Pública, la alta Corporación declaró la exequibilidad de las normas pertinentes del decreto 094 de 1.989 hoy sustituidas bajo similar perspectiva por el decreto 1796 de 2000.

La H. Corte Constitucional en sentencia C- 890 de noviembre 10 de 1.999 con porrencia del Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, estudió los regimenes a comparar (el general establecido en la ley 100 de 1.993 y el especial aplicable al personal de la Fuerza Pública), concluyendo que la diferencia porcentual a partir de la cual se reconoce pensión de invalidez a los miembros de la Fuerza Pública no genera por sí una discriminación de la cual pueda predicarse violación del principio de igualdad en la medida en que el régimen especial de la Fuerza Pública prevé beneficios no contemplados en el sistema general y compensan la diferencia porcentual a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez, además de que la forma de calificación, calculo, liquidación y monto de la prestación establecida para los miembros de la Fuerza Pública difiere sustancialmente de la regulada en el sistema general en atención a la programación del sistema especial sobre las especiales funciones asignadas a los miembros de la fuerza pública, de tal forma que importa en el citado régimen regular las incapacidades que afectan directamente la prestación del servicio militar o policial en tanto que en el sistema general interesan aquellas incapacidades que impiden el desarrollo de cualquier empleo.

Resalta también la Corte Constitucional, los beneficios propios del régimen especial en donde se reconoce a sus miembros indemnizaciones, bonificaciones y ascensos especiales con la pensión de invalidez, así como estándares de liquidación que superan ampliamente los reconocidos en el sistema general de la ley 100, sin que por otra parte en ningún caso se exijan mínimos de cotización.



146

Finalmente se concluye en la providencia que se cita:

En conclusión, al margen de los beneficios adicionales que se otorgan a los miembros de la fuerza pública en lo que corresponde al reconocimiento de la pensión de invalidez es evidente que el método de calificación de la aludida prestación por ser distinto en los dos sistemas, arroja frente a una misma lesión diversos índices de incapacidad, lo cual desvirtúa que la diferencia de porcentajes exigidos para su reconocimiento sea por sí mismo discriminatoria y afecte los derechos a la igualdad y al trabajo. En relación con éste último, si las lesiones o afecciones reciben distinto tratamiento en el régimen especial y en el régimen común, es posible que una persona incapacitada y retirada del servicio activo se encuentre apta para desempeñarse en otros campos o áreas de trabajo, pues como se ha explicado la calificación de incapacidades en el sistema prestacional de la fuerza pública depende exclusivamente de los requerimientos propios de la actividad castrense. Por ello, los artículos 38 y 41 del decreto 0094 de 1.989 le imponen a los organismos de sanidad militar el deber de rehabilitar al personal incapacitado con el fin de incorporarlo al mercado general del trabajo."

Página | 14

De lo anterior resulta procedente, dado el carácter especial otorgado por el legislador al estatuto de capacidad psicofísica aplicable al personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y el mandato expreso del legislador, concluir que la valoración de la capacidad psicofísica sólo puede ejecutarse por el organismo o autoridad instituida en la ley especial para el efecto, esto es, por las Juntas Médico laborales y el Tribunal Médico de Revisión Laboral Militar y de Policía.

Y como sea, que en jurisprudencia reiterada del H Consejo de Estado se ha dado prelación al dictamen que en materia laboral sea emitido dentro del proceso, véase entre otras sentencia 0484 del 26 de abril de 1.991 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Exp. 972 Consejero Ponente Dr. Joaquin Barreto Ruiz), por la especialidad del asunto y competencia legal, resulta procedente solicitar como prueba en oposición a la requerida por las partes demandantes a las llamadas Juntas Regionales de clasificación de invalidez, la práctica del dictamen médico laboral a las autoridades médico laborales del Ministerio de Defensa, autorizadas por mandato del artículo 18 del decreto 1796 de 2000 para rendir valoraciones por orden judicial.

Con base en los argumentos presentados comedidamente solicito que se nieguen las pretensiones de la demanda en consideración a que contrario a lo afirmado por la parte demandante y como consecuencia de una valoración en conjunto de la totalidad del material probatorio allegado, queda demostrado que no hay lugar a otorgar la pensión de invalidez a favor del señor **IMP DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA** ya que el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M16-415-TML16-1-61CMDNSG-TML-411 de 2 de enero de 2017 es menor al establecido legalmente para efectos pensionales.

### PRUEBAS APORTADAS

Se aportan con este escrito:

1. Oficio No. 20190423310055291 de 8 de febrero de 2019 que contiene antecedentes administrativos del señor **IMP DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA**.



144

### OPOSICIÓN A PRUEBAS

Hay que resaltar que la parte demandante no ha solicitado amparo de pobreza sin embargo pretende que sea mi representada quien sufrague los gastos derivados de un dictamen pericial que ella mismo pidió con lo cual me muestro en desacuerdo teniendo en cuenta que además no se realizó la solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del CGP. Página | 15

Frente a este dictamen se debe tener en cuenta el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013. "Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones", que establece:

"Que el artículo 142 del Decreto -Ley 019 de 2012, determina que " ...Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias (...)"

(...)

**FARÁGRAFO.** Se exceptúan de su aplicación el régimen especial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo la actuación que soliciten a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez como peritos".

(...)

**"ARTÍCULO 53.** Dictámenes sobre el origen y la pérdida de la capacidad laboral de educadores, de servidores públicos de Ecopetrol, Fuerzas Militares y Policía Nacional. Los Educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los Servidores Públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos o pertenecientes a las Fuerzas Militares o de Policía Nacional serán calificados por los profesionales o entidades calificadoras de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional competentes, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o de Ecopetrol, según el caso. El trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez se surtirá, sólo después de efectuarse la calificación correspondiente en su respectivo régimen.

(...)

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

Al actuar la Junta Regional de Invalidez como perito, a la fecha le es aplicable las reglas de peritazgo señaladas en el artículo 226 y sgtes del C.G.P.

Por lo anterior, y de conformidad con el artículo 226 del C.G.P. solicitó que por parte de la señora Juez se señale en el auto que decreta la prueba, que con el dictamen que se allegue se debe aportar los exámenes, análisis y pruebas que se tuvieron en cuenta para la valoración que se realiza. Igualmente se debe aportar los criterios que se tuvieron en cuenta en la aplicación de los **DECRETO 1796 DE 2000 Y 094 DE 1989, en el caso específico.**



148

**DOMICILIO Y NOTIFICACIONES**

La parte demandada, Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Armada Nacional y su representante legal, tienen su domicilio en Bogotá, en la Avenida el Dorado Carrera 52 CAN EDIFICIO DEL MINISTERIO DE DEFENSA. Correo electrónico de la entidad: [notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co](mailto:notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co).

Página | 16

El suscrito apoderado tiene su domicilio en esta ciudad, Oficina del Grupo Contencioso Constitucional del Mindefensa, ubicada en la Base Naval ARC Bolívar, Coliseo Segundo Piso, situada en la entrada al barrio Bocagrande de Cartagena, donde recibirá notificaciones o en la secretaria de su Despacho.

**ANEXOS**

a) CD con antecedentes administrativos.

Cordialmente,

**MARCO ESTEBAN BENAVIDES ESTRADA**  
C.C. 12.751.582 de Pasto  
T.P. 149110 del C. S. de la J.