



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 **2014** 00040 00
Demandante: JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ
Demandado: NACION - MINISTERIO DEFENSA NACIONAL -
POLICIA NACIONAL.

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- > **DEMANDANTE:** JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ, identificado con C.C. No. 1. 110. 491. 674 de Ibagué.
- > **DEMANDADO:** NACION - MINISTERIO DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

OBJETO:

> DECLARACIONES Y CONDENAS:

Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2012-225741/ARPRE GRUPE. 22 del siete (7) de agosto de dos mil trece (2013) proferido por el señor mayor Julián Roberto Jiménez *“Por el cual se niega el reconocimiento de la pensión de invalidez”*, al señor Jorge Leonardo Peña.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se haga el reconocimiento definitivo, liquidación y pago de la pensión de invalidez establecida en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 6 de la ley 923 de 2004, siendo incluido definitivamente en la nómina de la entidad.

Se ordene el ajuste de las sumas liquidas de dinero que resulten de la condena conforme al índice de precios al consumidor (I.P.C.) con base en el artículo 187, inciso 4 del CPACA, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos; al tratarse de pagos de tractos sucesivo, dicha fórmula se aplique mes por mes teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos,

debiendo reconocer de forma íntegra e independiente sin injerencia en el pago el hecho de haber recibido una indemnización por los daños sufridos en el desarrollo del servicio militar obligatorio.

Condenar a la entidad demandada al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., y que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

> FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta el apoderado del demandante que el señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez, se vinculó a la Policía Nacional en el año 2008 para prestar servicio militar obligatorio como auxiliar regular de policía. Durante la prestación de dicho servicio fue destinado a laborar en el Departamento de Policía de Boyacá, Estación de Policía de Chiquinquirá.

Argumenta que el demandante el día 12 de septiembre de 2008, estando en la Estación de Policía de Chiquinquirá, realizando unas anotaciones sobre incautación de armas blancas, recibió de forma accidental un disparo proveniente del arma de dotación del señor JHON FREDY SIERRA AFRICANO igualmente auxiliar regular, ocasionando lesiones en su pierda izquierda (destrucción de vena y arteria femoral superior).

El Comandante del Departamento de Policía de Boyacá mediante informe administrativo por lesiones No 104/2008 calificó el hecho en el que resultó lesionado como adquirido *"En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo"*. Dichas lesiones fueron valoradas y calificadas en la Junta Medico Laboral de la Policía Nacional No 223 del 11 de agosto de 2009.

Posteriormente el día 08 de julio de 2013 el señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez presentó derecho de petición ante el Director General de la Policía Nacional para que reconociera la pensión de invalidez a su favor, según lo establece la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 de 2004; mediante oficio No S-2012-225741/ARPRE GRUPE. 22 de 7 de agosto de 2013 proferido por el señor mayor Julián Roberto Jiménez se da respuesta a dicha solicitud manifestando que no es procedente atender favorablemente el requerimiento, argumentando que no se causó derecho para acceder a la pensión por no cumplir con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 30 del decreto 4433-2002.

Refuta el apoderado de la parte demandante la respuesta emitida, manifestando que pasa por alto que los miembros de la fuerza pública se encuentran cobijados en un régimen pensional especial regulado actualmente por la ley 923 de 1989 y el Decreto 4433 de 2004, normas que por disposición expresa en el artículo 6 de la ley 923 de 2004 únicamente regulan hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 07 de agosto de 2002, anteriormente el régimen pensional de la

fuerza pública se encontraba regulado principalmente por el Decreto 094 de 1989 y el Decreto 1796 de 2000.

El apoderado de la parte actora hace un recuento de lo establecido en las normas sobre la pensión de invalidez, los artículos 89, 25 del Decreto Ley 094 de 1989, artículo 38 del Decreto 1796 de 2000, señalando que a los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de la pensión de invalidez cuando durante el servicio adquieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta el 07 de agosto de 2002, aduciendo también la Ley 923 de 2004 donde se precisa lo dicho.

Se establece que al no proceder recurso de apelación, quedan agotados los recursos en sede administrativa, y precisa que el último lugar de prestación del servicio del señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez fue la Estación de Policía de Chiquinquirá, Boyacá.

Finalmente, el apoderado hace un análisis de lo dicho anteriormente argumentando que esto permite evidenciar que la Policía Nacional ha omitido dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 3 3.5 de la Ley 923 de 2004 y artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 y que por esto se han negado a reconocer la pensión de invalidez a su poderdante.

> JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Derecho a la pensión

Existe discrepancia entre las partes frente al derecho pensional del señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ, que por ello le fue negada la pensión de invalidez, argumentando la Policía Nacional que no se da cumplimiento al lleno de los requisitos establecidos en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, difiere de esto el apoderado de la parte actora quien hace el llamado a aplicar lo señalado en la Ley 923 de 2004 y en particular el artículo 32 del Decreto 4433 del mismo año.

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 2, 4, 13, 48, 53, 84 y 220 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL:

- Ley 1437 de 2011; artículos 103, 104, 138, 152 numeral 2, 156 numeral 3, 157 inciso final y 164 numeral 1 literal C.
- Ley 923 de 2004; artículos 2, numeral 2.3, 3, numerales 3,5.
- Ley 734 de 2002. Artículo 33
- Decreto 4433 de 2004, artículo 32 parágrafo 1 y 2

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Con el acto administrativo demandado se desconocen los principios, valores y fines del Estado Colombiano, los mandatos expresos en el artículo 220 de la Constitución Política.

Frente a la normatividad legal, se vulneran las disposiciones contempladas en los artículos 2, numeral 2.3 y artículo 3, numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004 y el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, los cuales denotan que los oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al 50% e inferior al 75% ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro al pago de una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa.

Cuando el Decreto 4433 de 2004, se refiere a los “*soldados de las fuerzas militares*”, no lo hace de manera taxativa y discriminatoria, sino simplemente enunciativa, para no tener que mencionar uno a uno: “soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller, **auxiliar de policía regular** y/o soldado campesino”; que en este mismo sentido lo ha interpretado la Corte Constitucional en repetidas oportunidades, ordenando a la Policía Nacional el reconocimiento pensional a Auxiliares de Policía, que han adquirido una disminución de la capacidad laboral al 50%.

El acto demandado es violatorio de la constitución, de los derechos fundamentales consignados en ella, como lo son el mínimo vital, la salud, la vida digna, el derecho a la igualdad en la medida que niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, con fundamento en que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que éste adquirió, no se dio bajo las circunstancias señaladas en la norma, desconociendo que en casos similares en muchas oportunidades las altas cortes han ordenado reconocer la pensión de invalidez a miembros de la Fuerza Pública que tiene una disminución de la capacidad laboral superior al 50% a los cuales las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, les ha negado el reconocimiento, a pesar de tener el derecho. Igualmente argumenta que es violatorio de los derechos constitucionales de los trabajadores, principalmente el de situación más favorable al trabajador e in dubio pro operario, habida cuenta que la interpretación que debe preferirse del Decreto 4433 de 2004, es aquella que sea más favorable al demandante, esto es la que le permite acceder a la pensión de invalidez por haber adquirido “en el servicio, como consecuencia del combate o **en accidente relacionado con el mismo**, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional (at)” una merma de la capacidad laboral superior al 50%.

1.1.3. OPOSICIÓN:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez, que resultan infundadas e improcedentes en razón a que la Policía Nacional realiza los reconocimientos prestacionales en virtud de principios de legalidad y temporalidad de la ley; que además en el caso concreto los derechos prestacionales causados al demandante a raíz de la calificación de su incapacidad laboral por parte de la Junta

Medico Laboral fueron reconocidos a través de la debida indemnización por perdida de la capacidad laboral causada por su lesión, todo ello de conformidad con lo contemplado en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000.

La Junta Medico Laboral a través del acta No. 223 DETOL del 11 de agosto de 2009, le determinó al actor una disminución de su capacidad laboral en un 68,63%, siendo la imputabilidad al servicio como en el servicio por causa y razón del mismo, tal como lo indica el artículo 24 literal B) del Decreto 1796 de 2000; luego bajo los presupuestos contemplados en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, no puede acceder al derecho pensional, en atención a que al momento de presentarse la lesión del actor, se encontraba en vigencia el mencionado Decreto y bajo estos postulados la entidad se ciñó a su cumplimiento.

Respecto de las declaraciones y condenas de manera particular explica:

Primera: No acepta la declaratoria de nulidad del oficio N° S-2012-225741 ARPREGRUPE 22 del 07 de agosto de 2013, en razón a que el accionante no cuenta con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez porque para la fecha de su desvinculación o licenciamiento de la Institución Policial, como auxiliar de policía, a través de la Resolución No. 0592 del 13 de julio de 2009, se encontraba vigente el decreto 4433 de 2004, que trata del reconocimiento de las pensiones y en su artículo 30 hace referencia a la de invalidez.

Indica que el ex auxiliar de policía JORGE LEONARDO PEÑA RODRÍGUEZ, no cumple con los requisitos exigidos por las normas especiales que regulan el derecho hoy reclamado, pues el accionante para la fecha de ocurrencia de su lesión le fue calificada su incapacidad laboral en un 68.63%, es decir, un porcentaje inferior al exigido por la ley. Razón por la que considera no hay lugar al reconocimiento de la pretensión elevada.

Segunda: No se acepta, la petición de la parte demandante relacionada con el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de invalidez referida, en atención a que la norma que se señala en la petición por el demandante no corresponde a la que en el caso en concreto debe aplicarse, pues no es el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 el que procede en este caso, sino es el artículo 30 del mismo, ya que el actor era auxiliar de policía, en cumplimiento de la prestación de su servicio militar obligatorio en la Institución policial.

Así mismo que en razón a la perdida de la capacidad laboral sufrida por el actor, se le reconoció con expediente N° 11534 del 25 de junio de 2010, y Resolución No. 01190 del 05 de agosto de 2010, emanada de la Subdirección General de la Policía Nacional, una indemnización por incapacidad laboral relacionado en la nómina global No. 44 de 2010, por valor de \$33.325.238, tal y como se acredita en la certificación expedida por el área de prestaciones sociales de la Policía Nacional.

Tercera: No acepta la petición de ajuste de las cantidades liquidas de dinero que resulten de la condena, teniendo en cuenta que no hay lugar, ni fáctica, ni

jurídicamente, a desvirtuar la presunción de la legalidad de los actos hoy demandados, y así las cosas, al NO tenerse el derecho reclamado por el demandante, tampoco puede existir condena sobre actualizaciones dinerarias, ni reliquidaciones, ni reajustes, ni intereses sobre lo que no está reconocido.

De igual manera no acepta las pretensiones cuarta y quinta, de acuerdo a lo expuesto previamente.

Respecto de los hechos manifiesta el apoderado que son ciertos los hechos 1 al 7, el 13, 16 y 17; así mismo no son ciertos los hechos 8 a 12, 14 y 15. Además indica que no ha existido omisión alguna en el cumplimiento de la normatividad por parte de la Policía Nacional.

Propone como excepción la de **PRESCRIPCIÓN**, invocándola sobre aquellos beneficios económicos que no se hayan reclamado dentro del término previsto por la ley que los regula o en caso de haber transcurrido el término de prescripción o caducidad, desde el momento en que se pudo haber interrumpido la prescripción o caducidad y no se hizo efectivo el derecho.

La ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por ello es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, si lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales y pensionales; por tal virtud prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador en el presente asunto.

Que para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Que dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

2. ALEGATOS FINALES

2.1 El apoderado de la parte actora reitera lo expuesto en la demanda y adicionalmente indicó que las sumas de dinero reconocidas como indemnización al señor Peña Rodríguez por concepto de pérdida de capacidad laboral, son independientes de los que deben ser reconocidos como beneficio pensional por haber adquirido una merma de su capacidad laboral superior al 50%. Y por tal motivo solicita que también se ordene a la policía que en lo sucesivo se incluya de manera definitiva en la nómina de la entidad demandada y adicionalmente se le ordene a la Policía Nacional cesar el descuento de \$100.000 que se le ha venido realizando, al haber establecido que la indemnización a for fait, no es excluyente con el beneficio pensional al que accede el miembro de la fuerza pública cuando adquiere una merma de capacidad laboral superior al 50%.

2.2 Por su parte el apoderado de la entidad demandada insiste en que el acto administrativo acusado fue expedido en forma legal y que por lo tanto debe atenderse el régimen especial que cobija al demandante.

2.3 El Ministerio Público guardó silencio

3. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

Debe determinar el Despacho si el señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por la disminución de su capacidad psicofísica ocasionada cuando prestaba sus servicios al Estado como auxiliar regular de policía en desarrollo de la prestación del servicio militar obligatorio.

La tesis de la parte demandante es que tiene derecho a la indemnización y pensión por invalidez toda vez que fue retirado del servicio activo con una incapacidad psicofísica acreditada del 68,63%, por lo tanto, tiene derecho a la pensión por invalidez al tenor de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

La tesis de la parte demandada es que el derecho a la pensión por invalidez sólo es procedente cuando la incapacidad laboral es igual o superior al 75%, por lo tanto, al no acreditarse esta situación no procede el reconocimiento pues el artículo 30 del Decreto 433 de 2004 así lo contempla. Además los derechos prestacionales causados al demandante ya fueron reconocidos a través de la indemnización pagada por pérdida de la capacidad laboral.

La tesis del Despacho es que el derecho a la pensión de invalidez por incapacidad laboral permanente parcial de los miembros de la Fuerza Pública es una prestación que se encuentra regulada por el régimen normativo especial y desde esta perspectiva serían las normas de este sistema el que debería resolver el caso en ciernes.

Por tanto, los temas que abordará el Despacho son i) La indemnización por pérdida de la capacidad laboral y la sustitución o compatibilidad con la pensión de invalidez; ii) Pensión de sanidad o invalidez en el sistema especial de seguridad social de la Fuerza Pública iii) Criterios para inaplicar un elemento del régimen de seguridad social especial de la Fuerza Pública; iv) caso concreto y lo efectivamente probado.

5. DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

6. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

6.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a la única excepción planteada por la Policía Nacional, titulada prescripción, el estudio de este medio exceptivo solo es procedente hasta tanto este despacho determine si el actor tiene o no derecho a que le sea reconocida una pensión de invalidez.

6.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Oficio S-2012-225741/ ARPRE. GRUPE. 22 del 07 de agosto de 2013, suscrito por el señor Mayor JULIÁN ROBERTO JIMÉNEZ MEDINA, con el que se indicó que se hace improcedente atender favorablemente la solicitud, en el entendido que no cumple con el requisito exigido en la mencionada norma, toda vez que la disminución de la capacidad laboral total es del 68.63% y para entrar a reconocer pensión de invalidez se requiere que esta sea del 75%. (fls. 14 y 15)
- Copia simple del Informe de calificación del señor PEÑA RODRÍGUEZ JORGE LEONARDO, en el que el Coronel JAIME ALBERTO SUÁREZ SIERRA, Comandante del Departamento de Policía de Boyacá, emite calificación por las lesiones sufridas por el señor PEÑA RODRÍGUEZ, cuyo resuelve dispone: (folios 15 a 19)

“ARTÍCULO PRIMERO: *Que las lesiones sufridas por el señor Auxiliar de Policía JORGE LEONARDO PEÑA RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.110.491.674 de Ibagué, el 12/09/08, en la pierna izquierda, se encuentran enmarcada en el artículo 24 del Decreto 1796 Literal B, EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO.*

- Copia simple del Acta de la Junta Medico Laboral No. 223 DETOL, en donde se manifiesta: (folios 20 y 21)

“VI. CONCLUSIONES.

A. Antecedentes – lesiones – afecciones – secuelas

1. LESIÓN ARTERIA FEMORAL IZQUIERDA
2. HIPOESTESIA L4 IZQUIERDA
3. HIPOTROFIA MUSLO IZQUIERDO, PARESIA CUÁDRICEPS.
4. CICATRIZ NO QUIRÚRGICA.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y la calificación de capacidad para el servicio. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL-NO APTO. Por Artículo 68 a. REUBICACIÓN LABORAL NO Labores.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral. Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: sesenta y ocho punto sesenta y tres por ciento 68.63%

Total: sesenta y ocho punto sesenta y tres por ciento 68.63%

D. Imputabilidad del servicio. De acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796/2000 le corresponde el literal B_ en el servicio, por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo. Se trata de accidente de trabajo. (...)

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ folio 22.
- Copia simple de la Resolución número 01190 del 05 de agosto de 2010, por la cual se reconoce y ordena el pago de indemnización por incapacidad relativa y

permanente a un personal. (folio 23)

- Copia simple de la liquidación de indemnización por incapacidad relativa y permanente, donde se refleja el monto a pagar por indemnización al señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez, equivalente a treinta y tres millones trescientos veinticinco mil doscientos treinta y ocho pesos con setenta centavos (\$33.325.238.70) folios 24 y 25
- Hoja de vida del señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRÍGUEZ en medio magnético aportado por la parte demandada (fl. 85) igualmente se encuentra impreso en anexo 1 del expediente y cuenta con 56 folios.
- Copia del fallo emitido dentro de la Acción de Tutela 250002337000201301104-00 el día 20 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 203-223) en cuya parte resolutive se lee:

“3. SUSPÉNDASE de manera transitoria, la aplicación de los oficios 26189/ARPRE-UNDIN del 1 de diciembre de 2010 y No. S-2010-225741/ARPRE.GRUPE.22 del 7 de agosto de 2013, mediante los cuales es negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRÍGUEZ mientras dure el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá iniciar el accionante dentro del término máximo de cuatro meses siguiente a la notificación de esta decisión, so pena de que cesen los efectos de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

4.- ORDÉNASE al Jefe de Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y efectúe los trámites necesarios para el pago de pensión de invalidez a favor del Señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ, la cual será compensada con la indemnización que le fue reconocida mediante la Resolución No. 01190 de 5 de agosto de 2010 y en los términos del acta de liquidación de indemnización de 26 de junio de 2010, ya que tal concepto es incompatible con el reconocimiento pensional. Se tomará como fecha para liquidar la pensión, la correspondiente a la firmeza del acta por la cual la Junta Médico Laboral determinó la pérdida de la capacidad laboral del actor.

5.- ORDÉNASE al Jefe de Grupo de Pensionado de la Policía Nacional, disponer las actuaciones pertinentes para la prestación efectiva de los servicios de salud del señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ, como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez, ordenada de manera transitoria por vía de tutela. (...)

6.3 PREMISAS JURIDICAS:

6.3.1. Cuestión Previa: Del pago de la indemnización laboral.

Dijo el apoderado demandante que el derecho prestacional reclamado por el Señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ ya fue satisfecho en virtud del reconocimiento de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral efectuado mediante Resolución 01190 del 5 de agosto de 2010, que ordenó pagarle la suma de \$33.325.238.70 pesos.

Al respecto, se tiene que el Ejército Nacional mediante la citada resolución (fls. 23-25) reconoce al demandante una indemnización, argumentando lo siguiente:

“Que de acuerdo con las actas médicas expedidas por el Área Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que obran en los expedientes y según

los Decretos 1212, 1213, 1214 de 1990, 1091 de 1995, 2728 de 1968, estatutos del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes, No uniformados y Nivel Ejecutivo, se debe reconocer indemnización por incapacidad relativa y permanente a un personal de la Policía Nacional;

(...)

...ARTÍCULO 1: reconocer a favor de las personas relacionadas en la nómina 44 de 2010, correspondiente a indemnización por incapacidad relativa y permanente, la suma de... (...)

ARTÍCULO 2. Disponer que las Actas de Juntas Médico Laborales y Liquidaciones que dieron origen a la nómina 44 de 2010 y figuran en cada expediente prestacional, sean parte integral de ésta resolución.

De igual manera, en el documento “LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE” aparece la siguiente información:

“Que mediante junta Médica Laboral No. 223 del 11-08-2009 se le determinó al Señor JORGE LEONARDO PEÑA RODRIGUEZ con C. C. No. 1.110.491.674 una incapacidad relativa y permanente que de conformidad con el Decreto 094 de 1989 le corresponde un (os) índice(s) lesional(es) de 5,6,8,12 punto(s) con una edad de 19 años y una disminución lesional de 68.63%.

De conformidad con los informativos No (s) 104 MEBOY del 29092008 las lesiones fueron adquiridas en ACTOS DEL SERVICIO (...) le corresponde una indemnización equivalente a 36.9 meses de salario, liquidados con base en las siguientes partidas :

FACTORES SALARIALES

FACTORES PRESTACIONALES

SUELDO BÁSICO \$833.652.00

PRIMA DE NAVIDAD\$69.471.00

(...)

VALOR INDEMNIZACIÓN: \$903.123.00 FACTOR DISMINUCIÓN: 36.9
= \$33.325.238.70.

ordenar pagar la suma liquidada de \$33.325.238.70

TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON 70 Cvs M/CTE. (...)

La anterior indemnización se concedió con fundamento en el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares el cual, en su artículo 3º prevé el reconocimiento y pago de una indemnización a servidores que sean desacuartelados por incapacidad relativa y permanente, en los siguientes términos:

“Artículo 3. El soldado o grumete de la Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad relativa y permanente, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague por una sola vez, una indemnización que fluctuará entre uno (1) y treinta y seis (36) meses del sueldo básico que corresponda a un Cabo Segundo o Marinero, según el índice de lesión que fije Sanidad Militar. (...).”

Para el Despacho, la compensación a que se refiere el citado artículo, se refiere a la denominada por los franceses, indemnización a forfait, la cual contempla ciertos

reconocimientos de naturaleza especial para los casos donde los miembros de entidades estatales, como el Ejército Nacional o la Policía Nacional, sufren lesiones o mueren en cumplimiento de su deber o con ocasión del servicio, funciones que por su naturaleza misma, representan un alto riesgo para la vida e integridad de quienes las desempeñan.

Al respecto, el Consejo de Estado¹ ha dicho que la ley ha consagrado un régimen de indemnización predeterminada, para los casos de muerte o lesiones en servicio activo simplemente, en actos comunes de servicio o en actos especiales, extraordinarios o eminentes de servicio, régimen del cual se ocupan entre otras disposiciones, los Decretos 2338 de 1971 y 094 de 1989, que responden a la idea de riesgo o accidente de trabajo, sin consideración a la culpa o falla del servicio.

De otra parte, el artículo 89 del Decreto 094 de 1989, prevé la posibilidad de reconocer en favor de los miembros de las Fuerzas Militares una pensión de invalidez, cuando con ocasión de la prestación del servicio se adquiriera una pérdida de la capacidad sicofísica igual o superior al 75%, como derecho del servidor que ha visto afectada parcial o totalmente su capacidad laboral y carece de las condiciones sicofísicas necesarias para proveerse los recursos mínimos que le garanticen una subsistencia digna.

El reconocimiento de una indemnización al demandante realizada mediante Resolución No. 01190 de 05 de agosto de 2010, si bien es cierto, en principio define su situación prestacional, también lo es que no extingue la posibilidad de que el demandante solicite el reconocimiento de su pensión de invalidez, derecho de carácter irrenunciable¹, que para el caso concreto le fue negado mediante el Oficio S-2012-225741 /ARPRE.GRUPE.22–acto demandado- (fl.13).

Implícitamente el argumento de la demandada en este sentido sostiene que al haber el Señor PEÑA RODRIGUEZ aceptado la indemnización ha renunciado a reclamar la pensión de invalidez, pues se ha indemnizado ya el daño que sufrió en su integridad física, sin embargo, la indemnización reconocida a causa de la lesión que sufrió como miembro del Ejército Nacional no puede ser entendida como una prestación sustitutiva de la pensión por invalidez que reclama porque ello implica la negación del carácter de derecho fundamental irrenunciable e inalienable de la seguridad social derivado de su íntima relación con la dignidad humana. Sobre dicha relación ha sostenido la Corte Constitucional:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que *“es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana”*² es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 2006, Expediente No. 10.033.

² Artículo 48 de la Constitución Política: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)”

² Observación general número 19

especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos³.

Por demás, dicho carácter irrenunciable del derecho a la pensión de invalidez ha sido objeto de detallado estudio por la Corte Constitucional⁴. Es pertinente referirse en torno al punto concreto de la irrenunciabilidad de la pensión al caso objeto de estudio en la sentencia T-138 de 2010, en el cual una Ciudadana solicitó la devolución de los aportes realizados al sistema, señalando en su petición que renunciaba a la pensión de vejez. En dicha oportunidad dijo la Corte:

“La Sala examinará en primer lugar si es constitucionalmente posible renunciar a la pensión de vejez, y en seguida mirará la procedencia específica de la petición de la actora. (...)”

A continuación la Corte se refirió al contenido del artículo 48 de la Constitución conforme al cual “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”, a la garantía constitucional de la “*irrenunciabilidad de beneficios mínimos establecidos en normas laborales*” como principio mínimo fundamental de la legislación, al artículo 3 de la Ley 100 de 1993 que reitera la garantía en cabeza del Estado para todos los habitantes del territorio nacional del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Luego señaló que el principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluida dentro de estos la seguridad social, es en realidad un mecanismo de protección de los trabajadores, citando para demostrar este aserto la Sentencia T-166 de 1997, para afirmar luego:

“Una vez determinado ese vínculo entre pensión y derecho al trabajo, la Corte reiteradamente ha concluido que la irrenunciabilidad de la pensión “significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente”⁵; que tal atributo se predica de “todos los elementos integrantes del derecho a la seguridad social”⁶; y que, por ende, el derecho a la pensión no es susceptible de transacción o de renuncia por la vía de la conciliación.⁷

(...)

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, que después de la Constitución de 1991 no admite excepciones, tiene entonces una doble connotación: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural. Por otro lado, la irrenunciabilidad de la pensión garantiza el cumplimiento de los deberes de los afiliados al sistema de seguridad social, y pone de presente el aspecto solidario y mancomunado de los subsistemas pensionales que lo integran. (...)”

De lo anterior se concluye que ni de forma explícita o tácita se puede renunciar al derecho a la seguridad social y a la pensión conforme a su garantía constitucional. Asunto diferente es que los dos reconocimientos prestacionales –pensión de invalidez

³ Esta tesis se desarrolló ampliamente, entre otras, en las sentencias T-658 y T-752 de 2008.

⁴ Se pueden consultar a este respecto, entre otras, las sentencias T-595 de 2007 y T-838 de 2011.

⁵ Sentencia T-631/02

⁶ Sentencia T-169/03

⁷ Sentencia T-893/08

e indemnización por pérdida de la capacidad laboral- sean o no compatibles. Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al amparar transitoriamente los derechos del demandante en sentencia del 20 de agosto de 2013 estos reconocimientos prestacionales son inconciliables, así lo señaló en el numeral tercero de la parte resolutive de esa decisión.

Desde nuestra perspectiva igualmente dichos reconocimientos son incompatibles porque: (i) la pensión de invalidez ampara la pérdida de la capacidad laboral sustituyendo a la indemnización porque cubre de manera más amplia las consecuencias de la discapacidad, (ii) esta incompatibilidad no debe entenderse como la imposibilidad de reclamar la pensión de invalidez recibida la indemnización, sino como la imposibilidad de que el sistema de seguridad social y el tesoro público financien dos prestaciones simultáneamente, (iii) El reconocimiento simultáneo de las dos prestaciones afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, por ello los órganos de cierre en sus sentencias – como lo hace el Tribunal- han establecido mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización y así asegurar que el sistema de seguridad social financie solamente una prestación. Ha dicho la Corte Constitucional que *“de esta forma, se cumpliría con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social. En diferentes oportunidades la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, para que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital.”* (Sentencia T-606 de 2014).

El Consejo de Estado comparte las anteriores tesis, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, del 9 de abril de 2014, Radicación número: 18001-23-31-000-2005-00076-01(0863-11), Actor: HELI NIÑO LUQUE, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL indicó al respecto:

“Considera la Sala que no es aceptable la petición de reajuste de indemnización otorgada al demandante a través de la Resolución No. 39217 de 7 de septiembre de 2004, ya que en este caso se estructuró una incapacidad absoluta y permanente que otorga derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual por invalidez, caso diferente a las indemnizaciones que amparan los eventos de incapacidades relativas sean permanentes o no, con base en las tablas y en las mismas previsiones normativas consagradas en el Decreto 094 de 1989, norma aplicable al caso. En otras palabras resulta incompatible el otorgamiento de la indemnización por incapacidad relativa con el reconocimiento de la pensión de invalidez por la pérdida absoluta y permanente de la capacidad laboral.”

⁸ Al respecto, puede observarse, entre otras, la sentencia T-003 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), en la cual se amparó el derecho a la seguridad social de una persona que reclamaba la pensión de sobrevivientes, y previamente al causante le había sido reconocida una indemnización sustitutiva. Sobre el descuento de esta última prestación se resolvió lo siguiente: “la Sala le ordenará a Colpensiones que revise la historia laboral de la señora Odeilda Franco García y en caso que cumpla con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, se ordena que le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a su hijo Giovanni Jaramillo Franco. En caso que haya reclamado la indemnización sustitutiva, la entidad accionada deberá hacer un cálculo y descontarle esta prestación de manera periódica, sin que la pensión de sobrevivientes sea inferior a un salario mínimo legal”. En el mismo sentido, puede observarse la sentencia T-599 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha defendido en su Jurisprudencia la compatibilidad de la pensión de invalidez y la indemnización de perjuicios causados por culpa del empleador en el accidente de trabajo o la enfermedad profesional que establece el artículo 216 del C.S.T., no de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral, argumento que basta para desestimar una petición en este sentido en este debate.

En efecto, el contexto normativo y fáctico al tenor del cual pueden coexistir ambos reconocimientos en la Jurisprudencia de ese órgano de cierre es completamente distinto a aquel en el cual surge el reconocimiento prestacional a miembros de la Fuerza Pública por pérdida de la capacidad laboral por causa del servicio. Fácil es establecer lo anterior al tenor de la postura de la Sala de Casación Laboral⁹:

“(...) El problema jurídico que plantea la censura, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos por parte de la Sala, que se han orientado invariablemente a admitir la compatibilidad entre la prestación a cargo del sistema de seguridad social, y la indemnización ordinaria de perjuicios, consagrada en el estatuto sustancial laboral. En sentencia 27736, del 22 de octubre de 2007, se adoctrinó:

“De otro lado, cabe agregar, que otra de las diferencias entre las reparaciones a que se ha hecho mención, consiste en que el empleador siendo el llamado a asumir las consecuencias de la culpa comprobada frente a un accidente de trabajo que se produzca, no le es dable como responsable directo del perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones dinerarias pagadas por la entidades del sistema de seguridad social, a menos que el empleador responsable por culpa haya sufragado gastos que le correspondían a estas entidades, por virtud del riesgo asegurado, evento en el cual sí puede hacer el descuento de lo que tenga que pagar por indemnización conforme lo consagra la norma, por razón de que tales entidades de previsión social, como se dijo, lo que cubren es el riesgo laboral propio de la denominada “responsabilidad objetiva del patrono” en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, pero en ningún momento la responsabilidad derivada de la culpa del empleador, que es de naturaleza subjetiva. (...) “

Continúa la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral citando su propia jurisprudencia y precisando cual es la Jurisprudencia en vigor:

“El artículo 216 del CST dice que, cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en el capítulo que la contiene.

Hasta el año 1993, y en número plural de providencias, la Corte sostuvo que el patrono sí podía descontar del valor de la indemnización ordinaria de perjuicios las prestaciones pagadas por el Seguro Social. Pero la Corte en Sala Plena (integradas las dos Secciones que conformaban la Sala Laboral), decidió, con la sentencia del 12 de noviembre de 1993, que el Seguro Social no había asumido, para entonces, el riesgo del daño que al trabajador le sobreviniera por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional imputable a culpa suficientemente comprobada del patrono. (...)”

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 5463-2015. Radicación No. 44395 del 6 de mayo de 2015. Magistrado Ponente JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

En esta sentencia la Sala de Casación Laboral concluye que si bien el accidente de trabajo es el hecho generador tanto de la pensión de invalidez como de la indemnización plena de perjuicios, la prestación a cargo del sistema de seguridad social- la pensión de invalidez- tiene su fuente en el riesgo creado a partir del simple desarrollo de una actividad por parte del trabajador; en tanto que la indemnización establecida en el artículo 216 del C.S.T. **tiene origen en la culpa del patrono, su objeto es resarcir a la víctima por la conducta imprudente, negligente, o premeditada del empleador que le ha causado perjuicios al servidor.**

Entonces una reflexión en tal sentido no tiene cabida en el reconocimiento prestacional de miembros de la fuerza pública, porque la indemnización del daño en caso de lesiones causadas por un servidor público es imputable directamente al Estado en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, remitiendo al concepto de daño antijurídico, y si se quiere exigir la indemnización de los perjuicios causados tendrá el reclamante que demostrar entre otros elementos la existencia de dicho daño, y dependiendo la calidad de *conscripto* o la prestación voluntaria del servicio militar el título en virtud del cual se reclama dicha indemnización de perjuicios, sin que tenga aplicabilidad en este caso lo establecido en el artículo 216 del C. S. T.

6.3.2. Argumentación Jurídica.

La pensión por invalidez en el Sistema Especial de Seguridad Social de la Fuerza Pública.

Téngase en cuenta que el derecho que se reclama es la pensión por invalidez dentro de un sistema de seguridad social especial que tiene reconocimiento Constitucional y legal (Art. 48, 218 y 218 CP y artículo 279 de la Ley 100 de 1993)¹⁰, por lo tanto, bajo el principio de especificidad son las normas de dicho sistema las que deben regular el derecho reclamado y quien se encuentra protegido por ellas deben someterse de manera integral. La Corte Constitucional ha sostenido sobre este último aspecto 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”*¹¹. 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.”¹²

El Decreto 0094 de 1989², señalaba en su artículo 89 lo siguiente:

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

A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-941-2003. (ii) la existencia de sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social¹⁰; (iii) la Constitución Política admite en este sentido la existencia de un régimen especial de prestación social 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;

¹¹ Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia C-956/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

² Modificado por el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, Publicado en el Diario Oficial No. 39.406.

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

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

La anterior norma, aplicable al personal del Ejército Nacional, estableció en sus artículos 15 y 87 la clasificación de incapacidades e invalideces, y las tablas para la calificación de estas últimas, teniendo en cuenta los distintos índices de lesión y la edad de la persona, para así establecer la indemnización en meses de sueldo, según el momento en el que ocurrieron los hechos y las circunstancias de los mismos, así como la época en que fue calificada la lesión de conformidad con los haberes devengados por el afectado con la lesión y la incapacidad misma, según el concepto que para tal efecto fije Sanidad Militar o de Policía.

El decreto 1796 de 2000, por el cual regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensiones por invalidez e informes administrativos por lesiones; dentro de esta norma se encuentra las autoridades y organismo internos médico-laborales de las fuerza militares y de policía (Art. 14), las competencias, las causales de convocatoria de la junta, los requisitos y procedimientos para lograr las evaluaciones y los reconocimientos e indemnizaciones, el tribunal médico laboral de revisión militar y de policía (art. 21). El artículo 28 parágrafo define la invalidez de una persona cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75% de disminución de la capacidad laboral; el artículo 38 y 39 establecen el reconocimiento y liquidación de la pensión por invalidez cuando la junta o tribunal haya determinado una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% ocurrida durante el servicio activo, tendrá derecho a dicha pensión en los montos y condiciones de la misma norma.¹³

A su vez, la Ley 923 de 2004 “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen*

¹³ ARTICULO 38. LIQUIDACION DE PENSION DE INVALIDEZ PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES, AGENTES, Y PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA 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

ad, 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 10. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.

pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política” señala en el artículo 3-5:

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.

El decreto 4433 de 2004 que desarrolla la anterior norma, “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*” señala:

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%).

(...)

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.

Ahora bien, mediante sentencia del 28 de febrero de 2013¹⁴ la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró nulo el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 sosteniendo que al expedir el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 el Gobierno Nacional excedió las competencias reglamentarias y en consecuencia debe aplicarse a la situación allí contemplada la Ley 923 de 2004¹⁵.

Por último el 24 de junio de 2014 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1157 de 2014 *“Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública”* que en su artículo 2 señala:

“RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012; así:

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 3. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su

¹⁴ Notificada por edicto, según el Sistema de la Rama Judicial, el 3 de mayo de 2013.

¹⁵ La Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación con ponencia de la Consejera de Estado dra. Bertha Lucía Bamírez de Páez (e), en sentencia de tutela del dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013), Expediente No. 25000-23-36-000-2013-00750-01, Actor: Juan Carlos Arrieta Argumedo Cl. Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, resolvió un caso de igual naturaleza al presente, donde se aludió igualmente a la sentencia de la Sección Segunda anulatoria de la norma que se indicó.

vida, condición ésta, que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la mesada pensional se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de ésta pensión, se descontará éste porcentaje adicional.

Criterios para la inaplicación de un elemento del régimen de seguridad social especial de la Fuerza Pública.

El problema jurídico que debe abordarse es si se aplica el régimen especial o el general, cuando el primero prima facie establece condiciones desfavorables a la persona para adquirir el derecho a la pensión por invalidez por disminución de la capacidad laboral mientras que el segundo es mucho más favorable.

El problema ha sido resuelto a partir de varias posturas jurídicas:

a.- La tesis de la aplicación de la norma especial.

Esta teoría se fundamenta en el principio de especialidad e inescindibilidad del régimen normativo especial, el cual quien está sometido o protegido por un sistema normativo especial de seguridad social, como son los miembros de la Fuerza Pública, no pueden reclamar aplicación al mismo tiempo tanto del régimen general como del especial sino que quedan cobijados por todos los beneficios y limitaciones establecidos en dicho régimen de manera integral, es decir, no puede reclamarse la aplicación de uno de los elementos del sistema de manera aislada sin considerar en su integridad todo el sistema, por esta razón para determinar si un aspecto resulta desfavorable en el caso concreto es indispensable que se realice un juicio comparativo entre el sistema general y el sistema especial.¹⁶

b.- La tesis mixta y el trato diferente.

Como en principio para el reconocimiento de una prestación social se encuentra sometido a la norma especial y el trato diferente se encuentra justificado precisamente por esa circunstancia, entonces, no se podría hacer comparaciones simples de un solo elemento del sistema sino que debe hacerse entre sistemas. La Corte en la sentencia C-890 de 1999 realizó una valoración a la luz de la Constitución del principio de igualdad material respecto de la pensión de invalidez en la medida que esta prestación recibe un trato diferente en el régimen especial al reconocido en el sistema general de la Ley 100 de 1993, al estudiar la constitucionalidad del Decreto 094 de 1989 *“Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las escuelas de formación y personal civil del Ministerio de Defensa Nacional”*:

Sin embargo, apelando al carácter restrictivo de este juicio de igualdad, derivado de la complejidad e independencia que identifica a los regímenes excepcionales, para establecer la aludida discriminación es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que la prestación objeto de análisis sea autónoma y separable del

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-835/02 y C-1032/02

conjunto de beneficios contenidos al interior del ordenamiento especial, 2) que éste le otorgue un beneficio inferior al reconocido por el régimen común, y 3) que no esté prevista gracia o dádiva que compense el trato diferente.

Sobre este particular, dijo la Corte en reciente pronunciamiento:

“El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, 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 o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y 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. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. Pero 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.

“Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.” (Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En este orden de ideas, para efectos de establecer la posible vulneración del principio de igualdad por parte de las normas acusadas, le corresponde a este Tribunal determinar si la pensión de invalidez reconocida a los miembros de la fuerza pública es una prestación separable y autónoma dentro de la normatividad prestacional que los gobierna e, igualmente, si no existe en el mismo ordenamiento otro beneficio superior que compense la diferencia que se presenta frente al régimen general de seguridad social.

En esta sentencia la Corte concluyó la ausencia de violación al principio de igualdad:

Revisadas las disposiciones que integran la aludida prestación en cada uno de los regímenes citados, la Corte encuentra que la diferencia porcentual a partir de la cual se reconoce el estado de invalidez a los integrantes de la Fuerza Pública, no genera per se una discriminación de la cual pueda predicarse la violación del principio de igualdad material. Dos razones fundamentales conducen a dicha conclusión: la primera, que el régimen especial tiene previstos algunos beneficios, no contenidos en el sistema general, que definitivamente compensan la diferencia porcentual a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez. Y la segunda, que la forma de calificación, calculo, liquidación y monto de esta prestación establecida en el régimen especial de la fuerza pública, difiere sustancialmente del sistema regulado en el régimen general, ya que, como se dijo, aquel se ha programado a partir de las especiales funciones que le han sido asignadas por la Constitución Política y que se concretan en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del orden constitucional y en el mantenimiento de la paz y de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Así, lo que importa al

régimen especial es regular la pensión de invalidez a partir de las incapacidades que afectan de manera directa la prestación del servicio militar o de policía, en tanto que al régimen común le interesa calificar aquellas incapacidades que por regla general impiden desempeñarse en cualquier área de servicio.

(...)

Así las cosas, compartiendo el criterio expuesto por el Ministerio Público y algunos de los intervinientes, la Corte encuentra que las normas acusadas se ajustan a la Constitución Política, razón por la cual procederá a declarar su exequibilidad.”

Es decir, cuando se identifica un elemento de la seguridad social que se encuentra consagrado en el sistema normativo especial, *prima facie*, se debe aplicar esta norma puesto que el grupo especial creado a partir de la norma obviamente establece diferencias respecto del régimen normativo general, por lo tanto, las comparaciones no pueden ser simple entre elementos de los diferentes sistemas pues resultaría inadecuada, pues la regla de comparación difiere y para que fuera adecuada la comparación debe por lo menos aplicarse el mismo parámetro normativo y estar en las mismas condiciones fácticas.

Metodológicamente la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995 analizó la aplicación del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 al sistema de seguridad social especial del Magisterio¹⁷. Previo a realizar el juicio comparativo entre los regímenes normativos y establecer el elemento o prestación diferente entre uno y otro (mesada adicional) y su característica, la Corte realizó el juicio de razonabilidad y justificación del trato diferente o de la medida particular y concreta: identificando la prestación, que la prestación sea inferior y que no exista otra prestación que compense lo anterior.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de febrero de 2010, radicación número: 08001-23-31-000-2005-00781-01(1399-08), CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, resolvió un caso similar a partir de este modelo de análisis y concluyó que se debe inaplicar el sistema normativo especial en el aspecto correspondiente.¹⁸ Dijo:

No obstante ello, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

(...)

Bajo estos supuestos, advierte la Sala⁶ la posibilidad de que, por vía de excepción, se deje de lado la aplicación de regímenes especiales de seguridad social cuando

¹⁷ La Corte igualmente en sentencia C-432 de 2004 llevó a cabo un juicio comparativo entre el sistema salarial y prestacional consagrado en el decreto 2070 de 2003 donde se estableció y definió el concepto de asignación de retiro y la pensión de vejez del sistema general de pensiones.

¹⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda, sentencia de 6 de agosto de 2009, radicación No: 25000-23-15-000-2009-00778 01, ACTOR: FRANQUE YADIR PINTO RINCÓN. MP: Alfonso Vargas Rincón. SUBSECCION “A”, sentencia del 3 de febrero de 2011, Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00438-01(AC) Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

⁶ En este mismo sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencias de 23 de julio de 2009, Rad. 1925-2007. Actor: William Tapiero Mejía. M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 13 de febrero de 2003. Rad. 1251-2002. M.P. Alberto Arango Mantilla.

estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993.

La anterior sentencia termina aplicando el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 e inaplicando el decreto 94 de 1989, bajo el presupuesto de ser más favorable, pero al observar que no se puede aplicar el primero de manera íntegra, finalmente hace una mixtura en cuanto a los dos regímenes para determinar el monto de la pensión.

c.- La tesis de aplicación favorable.

La otra solución al problema de la pensión por invalidez en la Fuerzas Armadas, cuando la disminución de la capacidad laboral es menor del 75%, es la que relacionada con la aplicación de normas vigentes al momento de la decisión. La Corte Constitucional en sentencia T-038 de 2011 en un caso donde mediante acta de Junta Médica-Laboral 2883 de fecha 1 de diciembre de 1999, la cual fue modificada mediante Tribunal Médico-Laboral No. 1691 de 2000 de Revisión-Militar y de Policía determinando una disminución de capacidad laboral del 73.06%, decidió a partir de la aplicación de la Ley 923 de 2004¹⁹:

La anterior disposición ha sido objeto de interpretación de esta Corporación, la cual ha señalado que para acceder a la pensión de invalidez por parte de los miembros de la fuerza pública se establece un parámetro mínimo de protección que es el 50% de disminución en la capacidad laboral (...)

En dicha sentencia expuso la línea consolidada de la Corte sobre la aplicación de esta ley: T-829 de 2005, T-595 de 2007²⁰, T-229 de 2009, T-431 de 2009. La Corte adujo como argumento esencial el principio de favorabilidad laboral.

Vale la pena aclarar que la ocurrencia de los hechos que generaron la incapacidad se dieron bajo la vigencia del Decreto 094 de 1989, posteriormente modificado por la Ley 923 de 2004 en lo referente al porcentaje exigido a los miembros de la Fuerza Pública para acceder a la pensión de invalidez, lo que genera vacilación acerca de la normatividad aplicable al actor, que en este caso conduce a la aplicación de la última disposición mencionada, por cuanto en materia laboral y de seguridad social, observándose el mandato superior contenido en el artículo 53 de la Constitución, debe primar la normatividad favorable al señor Alexander Muñoz Jiménez, pues en caso de duda, se hace imperativo que el operador judicial apoye su decisión en la norma más favorable para el trabajador.

¹⁹ Ley 923 de 2004 “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 3.5 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.

²⁰ En este sentido manifestó la Corte en la sentencia T-595 de 2007,

“2-Sobre la vigencia de la Ley 923 de 2004 y las decisiones del Ministerio de Defensa:

La Corte nota, con preocupación cómo, tal como sucedió en el caso analizado en la Sentencia T-829 de 2005, la entidad demandada continúa desconociendo la vigencia de una ley que fijó los parámetros mínimos que el gobierno debe respetar al fijar el marco prestacional de los miembros de la fuerza pública.
(...)

En consecuencia, esta Sala prevendrá a la Institución demandada para que se abstenga de tomar decisiones que, como ésta, vulneran el debido proceso por desconocer el principio de legalidad y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales”.

Obsérvese que en realidad lo que supone esta tesis es que las normas reglamentarias (D. 094/89 y 1796/00) se encuentra vigentes por falta de reglamentación por parte del gobierno nacional de la ley marco (Ley. 923/04, artículo 3.5), por lo tanto, el principio de favorabilidad laboral opera de manera disyuntiva, es decir, existen varias normas vigentes y aplicables al caso pero el juez debe decidir de manera favorable conforme a los derechos fundamentales de carácter laboral del demandante.

d.-La teoría complementaria.

De acuerdo a lo anterior, el despacho considera que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional los anima el mismo fundamento de la aplicación directa de la Constitución en cuanto al principio de favorabilidad laboral y ambas corporaciones han decidido casos concretos. Sin embargo, la preocupación de este despacho es que se mantengan normas obligatorias dentro del ordenamiento que finalmente se deja de aplicar para directamente aplicar la Constitución, sin que sobre dichas normas haya un pronunciamiento expreso, claro y determinado sobre la norma que se excluye. Este Despacho considera que la premisa de que la Constitución Política tiene efectos jurídicos supremos, directos, inmediatos e invasivos en todo el ordenamiento jurídico (Art. 2 y 4 CP) lo cual trae dos consecuencias distintas: a) La excepción de inconstitucionalidad donde se inaplica la norma legal para el caso concreto y se aplica directamente la norma constitucional (Art. 4 CP); b) La interpretación conforme a la constitución (Art. 2 y 4 CP) que es un mecanismo de interpretación de la ley donde entre dos hipótesis normativas se debe acudir, como criterio interpretativo y decisorio, a aquél que proteja de mejor manera el derecho fundamental en discusión²¹, que para el caso consiste en decir con base en la ley marco vigente al momento de la sentencia (L. 923/04) y no con base en los decretos, suponiendo que ambas normas se encuentran vigentes y una es de carácter superior, pues el derecho a la seguridad social, a la capacidad laboral y al mínimo vital resultan mejor y más efectivamente protegidos a partir de la aplicación de la ley marco vigente al momento de la decisión. Sin embargo, el despacho considera que el Consejo de Estado al haber tenido en cuenta para la liquidación de la pensión por invalidez los dos regímenes normativos de la seguridad social (general y especial), también protegió de manera favorable los derechos pero sin olvidar las relaciones entre los mismos permitiendo que ninguno se vea afectado de manera inadecuada y que sólo se aplique en aquellos aspectos que realmente resulten menos favorables sin que se vulnere una disposición expresa de alguno de los regímenes normativos, luego las dos posiciones son complementarias.

²¹ El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, radicado número 25000232600019990048201, Número Interno: (21051). MP.RUTH STELLA CORREA PALACIO, aplicó la teoría de la interpretación conforme a la constitución entendiéndola como la única interpretación a partir de inclusión de un principio constitucional. Sin embargo, en la teoría constitucional también se entiende que opera la interpretación conforme como un criterio de interpretación legal cuando una norma tiene varios sentidos razonables o cuando frente a dos normas se aplica una de ellas por referencia directa a un principio o derecho constitucional, lo cual permite preservar la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio democrático de la soberanía popular expresada en la ley. Ver "La interpretación conforme a la constitución: Entre la trivialidad y la centralización judicial. Virgilio Alfonso DA SILVA. En: Cuestiones Constitucionales, número 12, enero-junio de 2005. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=12>

7. SOLUCION DEL CASO

Revisado el expediente encuentra el Despacho que la Junta Medico Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, calificó la incapacidad del señor Peña Rodríguez en 68.63% Permanente parcial – No apto, así las cosas dicho porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se le asigna, se puede notar, que en principio no lo acoge la pensión de invalidez establecida en el Decreto 0094 de 1989 en su artículo 89, toda vez, que no iguala o supera el 75% exigido por este.

La primera petición de reconocimiento de la pensión de invalidez fue presentada por el Señor Peña Rodríguez el día 25 de octubre de 2010 (folio 140) y fue contestada mediante oficio 26189 del 1 de diciembre de 2010 (folio 94), sin embargo, para obtener el reconocimiento prestacional deprecado en esta demanda basta con demandar el último acto que resuelve idéntica solicitud (oficio No. S-2012-225741/ARPRE. GRUPE de 7 de agosto de 2013). Los actos anteriores son definitivos y están en firme (Art. 42, 43 y 87 CPACA) y son producto de actuaciones administrativas anteriores. Al provocar un nuevo pronunciamiento a partir de la petición del 8 de julio de 2013, se constituye una nueva decisión administrativa que debe ser objeto del control de legalidad. El acto administrativo anterior podría ser demandado siempre que no se hubiese provocado un nuevo pronunciamiento, si no, demandar el primero en el tiempo sin demandar el último sería una contracción lógica y procesal. (Art. 163 CPACA).

El fundamento para negar el reconocimiento pensional mediante el oficio S-2012-225741/ARPRE. GRUPE de 7 de agosto de 2013 es que el demandante no acredita el 75% de la disminución de la capacidad laboral para ser beneficiario de una pensión de invalidez, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

No obstante lo anterior, de los documentos alegados al proceso, se advierte que las lesiones sufridas por el actor fueron calificadas en el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo" (fl. 15-19), razón por la cual los requisitos para el reconocimiento pensional, deben ser estudiados según el artículo 32 del citado Decreto que establece:

"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." (Negrilla fuera de texto)

De igual forma debe advertirse que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 el cual sirvió como sustento del acto administrativo acusado, para la fecha en que fue expedido dicho acto ya había sido declarado nulo por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, febrero veintiocho (28) de dos mil trece (2013), radicación: 110010325000200700061 00, N° Interno 1238-2007 con fundamento en los siguientes razonamientos:

“Examinada la Ley 923 de 2004 se observa que en su artículo 3°, señaló los elementos mínimos que deben ser tenidos en cuenta para la expedición del *“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”*, cuyo numeral 3.5, dispone:

“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...”

Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; **a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma.** De tal manera que si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que en desarrollo de los dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley.

De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo.

Por tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez.”

Por lo anterior, procede el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del demandante con base en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 6 de la ley 923 de 2004 dado que padece una disminución de la capacidad laboral del 68.63%, adquirida “En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo” Decreto 1796 de 200, artículo 24 literal b).

El monto de la pensión de invalidez deberá calcularse conforme a lo dispone en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

La tesis de la entidad demandada no es de recibo por este Despacho esencialmente porque partió de una premisa puramente positiva y errónea al considerar que el demandante no tenía derecho a la pensión de invalidez toda vez que no cumplía con el requisito de tener una incapacidad del 75% o más, sin embargo, como se pudo estudiar a lo largo de la sentencia, la norma que sirvió como sustento de sus decisión ya había sido declarada nula y además la causa por la que obtuvo la calificación de invalidez era la concordante con el artículo 32 del Decreto 4433 de 20204 y no el 30 y, por otra parte, ya existían antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional²² y del Consejo de Estado²³ que debieron servir de criterio para decidir.

Por ultimo en relación con la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada prescripción, el Despacho tiene que decir que el derecho a la pensión de invalidez no prescribe, en sí mismo considerado, no obstante puede suceder que si prescriban las mesadas pensionales cuyo titular no cobre en el término común de prescripción previsto en las normas del trabajo y de la seguridad social. En el caso concreto está acreditado que la pérdida de capacidad laboral del demandante se estructuró el día 11 de agosto de 2009 (Acta de junta medico laboral fl. 20-21), que el 25 de octubre de 2010 el demandante elevó una primera pensión de reconocimiento de su pensión de invalidez obteniendo respuesta a través del oficio 264181 el 1 de diciembre de 2010, que luego en el mes de junio de 2013, el demandante elevó de nuevo ante la Dirección General de la Policía Nacional la petición distinguida con el numero 087497 (Fl.209), obteniendo respuesta a través de acto administrativo hoy acusado, es decir el oficio No. S-2012-225741/ARPRE GRUPE 22 del 7 de agosto de 2013. Si bien es cierto a partir del 31 de diciembre de 2004, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 modificó el término prescriptivo disminuyéndolo a 3 años, debe indicarse, que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia, por lo cual en el presente asunto resulta procedente dar aplicación a la prescripción cuatrienal, tal y como se afirmó en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 1238-2009. EL Consejo de Estado, en otras oportunidades, ha señalado que el término prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es cuatrienal. Por tal motivo y teniendo en cuenta de desde la fecha de estructuración de la invalidez del demandante y la fecha en que elevó la segunda solicitud no transcurrieron más de cuatro años y dable concluir que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Condena en costas y agencias en derecho

²² T-829 de 2005, T-841 de 2006 y T-229 de 2009, entre otras.

²³ Sentencia de 21 de junio de 2012, expediente No. 2012-00740-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y, de 9 de mayo de 2012, expediente No. 2012-00144-01, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P.

En el presente caso se condenará en costas a la parte vencida, acogiendo los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

“El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia²⁴, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso”.²⁵

Es decir que, en materia de costas, aún bajo la égida de la Ley 1437 de 2011 no cabe la condena automática a la parte vencida, sino que habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o el desgaste judicial innecesario, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

Conforme a lo anterior y por razón de la conducta de la entidad demandada desplegada en el proceso, el Despacho considera que sí hay mérito para que se le condene a su pago, teniendo en cuenta que pese a disponer de evidencias recogidas en sede administrativa que desvirtuaban sus afirmaciones sobre el punto para el reconocimiento de pensión de invalidez, se mantuvieron en su posición, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, con desmedro por todo ello de deberes claros que les impone la Constitución y la Ley, especialmente el de hacer efectivos los derechos de las personas en situación de discapacidad; así como de principios rectores de las actuaciones de las autoridades administrativas, de los que conviene destacar el de la eficacia, la economía y la imparcialidad al anteponer sus apreciaciones subjetivas o personales a la notoria realidad de los hechos y asumir el asunto de manera preconcebida.

²⁴ Sentencia T-342 de 2008: “Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc²⁴. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C.²⁴, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S-2012-225741/ARPRE. GRUPE.22 de 7 de agosto de 2013 que niega el reconocimiento de la pensión de invalidez al Señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez cedula 1.110.491.674 de Ibagué-Tolima.

SEGUNDO.- Condenar a título de restablecimiento del derecho a la Policía Nacional a reconocer, liquidar y pagar al señor Jorge Leonardo Peña Rodríguez la pensión de invalidez establecida en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 6º de la ley 923 de 2004.

TERCERO.- Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas en los términos del artículo artículo 187 del C.P.A.C.A. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de invalidez que dejó de devengar desde el 11 de agosto de 2009, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellas. **La administración tendrá especial cuidado en deducir las sumas ya reconocidas por este concepto por vía administrativa o judicial**, especialmente en razón al fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CUARTO.- Negar la pretensión relativa a cesar los descuentos de la pensión de invalidez del demandante que se efectúan en virtud de lo ordenado en el numeral cuarto del fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 20 de agosto de 2013 dentro de la acción de tutela con radicación 250002337000201301104-00 en la cual es demandante Jorge Leonardo Peña Rodríguez.

QUINTO.- Condenar en costas a la parte demandada. Liquidense por secretaría.

SEXTO.- Fijar como agencias en derecho el equivalente al 10% sobre el valor determinado como estimación de la cuantía, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- La sentencia se notificará conforme lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ