REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: *1523833332-2014-00164-00*
Demandante: *JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO*
Demandado: *Nación – Min. Defensa – Policía Nacional*
Medio de control: *Nulidad y restablecimiento del derecho*

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver en primera instancia la demanda de la referencia

2. PRETENSIONES

Mediante escrito de demanda radicado el día 12 de junio de 2014, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, se solicitan las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare la nulidad de las Resoluciones 1545 del 11 de septiembre de 2013 y 516 del 11 de febrero de 2014, expedidas por la Subdirección y la Dirección de la Policía Nacional, respectivamente, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del demandante

Como consecuencia de la anterior declaración y a titulo de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad demandada a reconocer a favor del señor José Dinaín Rivera Barreto una pensión de invalidez teniendo en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral, determinada en 62.65%, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.5 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, efectiva a partir del 27 de septiembre de 2012; a cancelar las sumas dejadas de pagar desde el 12 de septiembre de 2012 debidamente actualizadas; a pagar las costas y agencias en derecho que se generen con el trámite del presente proceso; que en el evento en que se profiera una condena en abstracto se dé cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 193 del CPACA; y que la condena se ajuste en los términos del artículo 187, 192 y 197 ibídem. (folios 2 y 3)

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Los hechos que respaldan las pretensiones de la demanda, se pueden resumir de la siguiente manera:

Que el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO prestó el servicio militar obligatorio como auxiliar bachiller de la Policía Nacional en la Estación de Policía del Municipio de Tópaga, ingresando en perfecto estado de salud; que el 8 de septiembre de 2011 recibió la orden por parte de sus superiores de acudir al Municipio de Nobsa, con el fin de apoyar al personal de la Policía durante la celebración de las festividades populares que se adelantaban en dicha localidad.

El 9 de septiembre de 2011 siendo la 1:15 de la mañana, al intervenir en una riña fue agredido brutalmente por las personas que participaban en el altercado, generándole un "ostensible" daño a la salud, el cual fue valorado por la Junta Médica Laboral de la Policía Nacional, cuerpo colegiado que determinó en el Acta 1280 del 27 de septiembre de 2012 que el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO tuvo una pérdida de capacidad laboral del 62.65% ocasionada durante la prestación del servicio, dejando al demandante en estado de invalidez, según calificación jurídica dispuesta en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 3.5 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004.

El 22 de enero de 2013 solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez, petición que fue resuelta de manera negativa por la Subdirectora General (E) de la Policía Nacional, a través de la Resolución 1545 del 11 de septiembre de 2013, argumentando que la norma aplicable al caso del demandante era el Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia el reconocimiento de la prestación estaba sujeto a la determinación del 75% de pérdida de capacidad laboral; y que no era posible aplicar el régimen general de pensiones a los miembros de la fuerza pública porque gozaban de un régimen especial, motivo por el cual al comprobarse que la víctima tan solo acreditaba una disminución del 62.65% no era posible el reconocimiento pensional.

Que contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución 516 del 11 de febrero de 2014, confirmando en todos sus apartes la Resolución 1545 del 11 de septiembre de 2011. (fls. 4 y 5)

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró vulnerados los siguientes preceptos:

Constitucionales: artículos 13, 47, 48 y 54 de la Constitución Política
Legales: artículos 3º y 6º de la Ley 923 de 2004 y 30 del Decreto 4433 de 2004

Adujó que se encuentra en estado de invalidez, porque presenta una disminución en la capacidad laboral de 62.65% para desempeñar actividades productivas, circunstancia que lo convierte en sujeto de especial protección, al cual se le debe garantizar el derecho fundamental a la seguridad social, pues se encuentra indefenso debido a su situación de discapacidad y la imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, afectando directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar, máxime cuando prestó sus servicios a la fuerza pública y en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas sufrió una considerable disminución en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales.

Manifestó, que la Ley 923 de 2004 consagra el derecho que tienen las personas que prestan el servicio militar obligatorio a acceder a una pensión de invalidez y dispone que dicha normativa deba aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivientes originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

Acto seguido citó in extenso la sentencia T-146 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual explicó el régimen pensional de invalidez de las personas que prestan el servicio militar obligatorio como auxiliares de la policía, preciando que el Tribunal Constitucional al analizar detalladamente los artículos 30 y 32 del Decreto 4433 de 2004, concluyó que lo artículos mencionados son contradictorios porque el artículo 30 cobija al personal vinculado al servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, contrario a lo

esbozado en el artículo 32 que sólo genera efecto vinculante para los soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado a los Auxiliares Regulares de la Policía Nacional.

Argumenta que la Corte en dicha oportunidad determinó que i) la Policía Nacional frente a una contradicción entre dos fuentes normativas, esta aplicando la más desfavorable y, ii) hay una vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto los Auxiliares Regulares que prestan el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, se les esta otorgando un trato desfavorable frente a los Soldados de las Fuerzas Militares que están cumpliendo el mismo deber constitucional de defensa que ellos; de igual manera la institución les brinda un trato desigual frente a los funcionarios del nivel ejecutivo, puesto que estos si tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional señaló que dadas las circunstancias especiales del caso que en ese momento analizó, se debía aplicar la Ley 923 de 2009 por ser este el año en que se recalificó al actor y se le otorgó un porcentaje del 64,85% de pérdida de capacidad laboral, por cuanto el demandante cumplía con el porcentaje del 50% y su discapacidad era producto de un ataque del enemigo para que se le reconociera la pensión de invalidez causada a su favor. (fls. 5 a 14)

5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, contestó la demanda dentro del término legal establecido para ello, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones (102-111).

Señaló, que los actos administrativos demandados se ajustaron al ordenamiento jurídico, como quiera que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, dispone que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se debe acreditar una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, disposición normativa que fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado en providencia del 28 de febrero de 2013, fecha en que fue licenciado el demandante, motivo por el cual en sentir de la entidad demandada, al producirse el hecho cuando aún se encontraba vigente la norma mencionada, no se puede aplicar la declaración de nulidad ni reconocer la prestación solicitada teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993 toda vez que la Fuerza Pública goza de un régimen especial que excluye la aplicación del régimen general del sistema de seguridad social.

Manifestó, que ante la ocurrencia de una lesión durante la prestación del servicio, la Policía Nacional debe adelantar el procedimiento establecido en el Decreto 1796 de 2000, por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de las Fuerzas Pública, alumnos de las Escuelas de Formación, y sus equivalentes en la Policía Nacional, entre otros.

Señaló, que la Policía realizó todos los trámites administrativos para calificar las lesiones sufridas por el señor José Dinaín Rivera Barreto y mediante la Resolución No. 01024 del 5 de junio de 2013 reconoció a favor del demandante una indemnización por la disminución de la capacidad laboral por un valor de $33.230.305,76 de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000, motivo por el cual en sentir de la demandada, la entidad cumplió con todas las obligaciones prestacionales que surgieron de la lesión padecida por

el demandante, dado que el 62.65% de disminución de la capacidad laboral determinado por las autoridades médico laborales es menor al exigido en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, a saber el 75% para que fuera procedente el reconocimiento de la prestación hoy pretendida, por el señor José Dinaín Rivera Barreto. (fls. 102 a 111)

Finalmente propuso como excepciones las siguientes:

- *Prescripción*: Manifestó, que para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que trascurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación es exigible, por lo que ha de tenerse presente a la hora de reconocer cualquier prestación las disposiciones contenidas en el Decreto 4433 de 2004. (fl. 104)

- *Excepción* genérica: Solicitó que de manera oficiosa se declare en la sentencia cualquier otro hecho que se encuentre debidamente demostrado y que constituya una excepción que favorezca la entidad y que no se hubiere alegado en la contestación de la demanda. (fl. 104)

6. TRAMITE PROCESAL

El medio de control fue radicado el 12 de junio de 2014 (fl. 38), el 14 de agosto de 2014 se admitió la demanda (fls. 70 y 71); de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del CPACA se corrió traslado por 30 días para contestar la demanda (fl. 99), oportunidad dentro de la cual la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional allegó escrito de contestación (ver fl. 102 a 111); el 19 de enero de 2015 se corrió traslado de las excepciones propuestas (fl. 185)

La audiencia inicial se celebró el día 9 de junio de 2015 (fls. 190 a 192) en la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda; decisión que fue apelada por el parte demandante; el 20 de agosto de 2015 la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá revocó el auto proferido en la audiencia inicial declarando terminado el proceso (fls. 197 a 199); el 17 de septiembre de 2015 el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, obedeció y cumplió lo ordenado por el superior y fijó fecha para continuar la audiencia inicial (fl. 206); el 26 de abril de 2016 se reanudó la audiencia inicial (fls. 221 y 222)

La audiencia de pruebas se realizó los días 24 de mayo y 21 de junio de 2016 (fls. 230 y 351), fecha última en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, tal como consta a folios 352 a 358 del expediente.

La **PARTE DEMANDANTE** dentro del término establecido para alegar de conclusión presentó escrito obrante a folios 359 a 361 del plenario, reafirmando las pretensiones de la demanda. Agregó que se demostraron los elementos fácticos necesarios para el reconocimiento de la pensión de invalidez causada a favor del demandante, así mismo señaló que si bien es cierto la prestación fue

reconocida por vía de tutela, también lo es, que la tutela se falló como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entre tanto se promovía el medio de defensa principal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El **MINISTERIO PÚBLICO** no presentó concepto alguno.

Agotado el trámite procesal y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide previas las siguientes;

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si le asiste derecho al señor **JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO** al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo las normas del Sistema General de Pensiones o el Régimen especial aplicable a los miembros de la Policía Nacional contenidos, entre otros, en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, por las lesiones sufridas durante la prestación del servicio militar obligatorio en la madrugada del 9 de septiembre de 2011, las cuales le generaron una disminución de su capacidad laboral fijada en el 62.65% valorada por la Junta Laboral de la Policía Nacional.

9. RÉGIMEN JURÍDICO – Aplicable en materia de pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública.

En principio el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública se encontraba reglamentado principalmente por el Decreto Ley 094 de 1989 y el Decreto 1796 de 2000. En lo que respecta a la pensión de invalidez, el artículo 89 del Decreto 094 de 1989 establecía que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, tendrían derecho al reconocimiento de la prestación periódica cuando acreditaran una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica, mientras subsistiera la incapacidad, pensión que estaría a cargo del Tesoro Público y se liquidaría con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera.

A su turno, el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000, indicaba que cuando la Junta Médico Laboral o Tribunal Medico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, determinaran que los miembros de la Fuerza Pública sufrieron una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, tendrían derecho, mientras subsistiera la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expidiera 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 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez."

De la norma transcrita se infiere, que los miembros de la Fuerza Pública tendrían derecho a disfrutar una pensión de invalidez, cuando durante la prestación del servicio presentaran una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75%, por hechos ocurridos hasta antes del 7 de agosto de 2002, como quiera que por disposición del artículo 6° de la Ley 923 de 2004 se determinó que la norma en mención regulaba únicamente los "hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002."[1]

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 923 del 30 de diciembre de 2004, mediante la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, norma que dispuso en el artículo 3° numeral 3.5 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".** (Negrillas del Despacho)

La precitada Ley fue reglamentada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4433 de 2004, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004".

Dicha normativa, señaló en el artículo 30 que procede el reconocimiento 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 (…)".*

A su turno, el artículo 32 del precitado Estatuto 4433 de 2004, establece la posibilidad de percibir una pensión con una incapacidad igual o superior al 50 % e inferior al 75 %, siempre y cuando haya sido adquirida en combate, actos meritorios del servicio, por acción directa del enemigo o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del servicio, o en mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

---

[1] Sobre la vigencia de la Ley 923 de 2004, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades en sede de tutela y en sede de constitucionalidad. Al respecto, ver entre otras las sentencias C-924 de septiembre 6 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-841 de octubre 12 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-596 de agosto 3 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

De conformidad con lo anterior y de la lectura de los artículos mencionados se puede establecer de manera clara que existe una contradicción en lo que respecta los límites mínimos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez establecida para los miembros de la Fuerza Pública, como quiera que la Ley Marco, a saber la Ley 923 de 2004, precisa que la prestación periódica se reconocerá cuando el porcentaje no sea inferior al 50%, y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004 prevé que el porcentaje debe ser superior al 75% por regla general, y cuando sea por lesiones acaecidas en combate y por obra del enemigo, entre otras, debe ser superior o igual al 50%.

En este punto es del caso señalar, que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 que preceptúa que serían beneficiarios de la pensión de invalidez quienes tuviesen una pérdida de capacidad laboral superior al 75%, fue anulada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de febrero de 2013[2], con fundamento en lo siguiente:

> " (…)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.(…)" (Negrillas del Despacho)

Posición que fue reiterada por la Sección Segunda del Concejo de Estado, en providencia del 23 de octubre de 2014, Radicado número 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07), Consejero Ponente: doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez, quien señaló:

> "Como surge del análisis conjunto de la totalidad del contenido normativo del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, los numerales 30.1, 30.2 y 30.3 de esta disposición tienen como punto de referencia necesario que exista una incapacidad laboral "igual o superior al setenta y cinco por ciento 75%", ocurrida en servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, esos tres numerales del artículo citado parten de la base de la existencia de tal incapacidad para ordenar entonces como será liquidada, pues no se tendría ningún derecho si esa incapacidad laboral fuese inferior al 75%, lo que significa que tal liquidación con los porcentajes que allí se señalan, carece entonces de fundamento, **debido a que la**

---

[2] Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 28 de febrero de 2013, Radicado número 11001-03-25-000-2007-00061-00(1238-07), Consejero Ponente: Doctora BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

disminución de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 75% que le servía de base desapareció del Ordenamiento Jurídico.

Igual ocurre con la base de liquidación de la pensión de invalidez del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y la del personal de soldados profesionales a que se refieren los parágrafos 1° y 2° del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, **pues estas también parten del supuesto de la existencia de una incapacidad laboral igual o superior al 75% que exige el artículo en mención, exigencia esta cuya nulidad ya se declaró por esta Corporación**; y, por la misma razón, resulta también afectada de invalidez la disposición contenida en el parágrafo tercero de la norma que se analiza por cuanto ella se refiere a un aumento en un 25% del monto de la pensión de invalidez que habría de ser liquidada, cuando se cumpla el requisito de la existencia de una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% que afecte a un integrante de la Fuerza Pública y que hubiere ocurrido en servicio activo, lo que sirve de base al descuento de ese porcentaje adicional del 25% para efectos de la sustitución pensional que se ordenan en el aludido parágrafo 3° de la norma acusada".

Así las cosas, puede afirmarse sin lugar a dudas, que es la Ley 923 de 2004, norma de carácter especial, la que permite acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del personal adscrito a la Fuerza Pública, entre los cuales encontramos el personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, siempre y cuando la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.

10.CASO CONCRETO

Está probado en el proceso que el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO prestó sus servicios a la Policía Nacional como Auxiliar Regular desde el 14 de diciembre de 2010 (fl. 167) hasta el 13 de marzo de 2012 (fl. 24). Que para el día 9 de septiembre de 2011, por orden de sus superiores se desplazó con otros policiales al Municipio de Nobsa para apoyar la seguridad en la verbena tarde de la juventud que se realizaba en la plazoleta de dicha localidad.

En ejercicio de funciones del servicio, siendo aproximadamente las 1:15 horas se presentó una riña múltiple y al intervenir, los miembros de la policía fueron atacados con objetos contundentes, en este caso, causando lesiones al demandante en diferentes partes de su cuerpo, especialmente en el borde del ojo izquierdo, lesiones que fueron calificadas de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1796 de 2000 *"en el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo"* tal como consta en la calificación informe administrativo prestacional por lesión No. 089/2011 del 15 de mayo de 2012. (fls. 134 a 137)

La Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, mediante acta número 1280 del 27 de septiembre de 2012, dictaminó respecto de las lesiones sufridas por el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, lo siguiente:

VI. CONCLUSIONES.

A. Antecedentes – Lesiones – Afecciones – Secuelas

1. AMAUROSIS OJO IZQUIERDO POSTRAUMÁTICA, ANISOCORIA POSTRAUMÁTICA POR MIDRIASIS OJO IZQUIERDO

2. CÉFALEA SECUNDARIO A TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO

3. CICATRICES DESCRITAS

B. Clasificación de las lesiones afecciones y calificación de capacidad para el servicio

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO, por Artículo art. 52. h.(4) (B). REUBICACIÓN LABORAL NO POR SER PACIENTE RETIRADO.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: SESENTA Y DOS PUNTO SESENTA Y CINCO POR CIENTO 62.65%

Total: SESENTA Y DOS PUNTO SESENTA Y CINCO POR CIENTO 62.65%

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

E. Fijación de los correspondiente índices

De acuerdo al Artículo 71 del Decreto 094/1989, modificado y adicionado por el Decreto Ley 1796 de 2000, le corresponde los siguientes índices:

A.1. GRUPO 6. ARTICULO 82. SECCIONES OFTALMOLOGIA NUMERAL 6-055 SIN LITERAL 15 INDICES

A.2. NO AMERITA ASIGNACIÓN DE INDICE LESIONAL

A.3 GRUPO 10. ARTÍCULO 86 SECCIÓN A. LESIONES Y AFECCIONES DE LA PIEL NUMERAL 10-004 ..." (fl. 348) (Negrillas del despacho)

En dicha acta se clasificaron las lesiones con *incapacidad permanente parcial, no apto, con disminución de la capacidad laboral del 62.65%, producidas en servicio por causa y razón del mismo,* siendo catalogada como enfermedad profesional y/o accidente de trabajo; decisión que fue notificada al demandante el 10 de octubre de 2012, tal como consta a folio 349 del expediente.

Mediante la Resolución No. 1545 del 11 de septiembre de 2013 la Subdirectora General (E) de la Policía Nacional, dando cumplimiento a un fallo de tutela, resolvió de fondo la solicitud elevada por el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO negando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, porque el Decreto 4433 de 2004 establecía que la disminución de la capacidad laboral debía ser igual o superior al 75% y el demandante tan solo acreditaba una merma del 62.65%, circunstancia que en sentir de la entidad demandada imposibilitaba el reconocimiento de la prestación solicitada. (fls. 24 y 25) decisión que fue impugnada mediante recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 516 del 11 de febrero de 2014, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 1545 del 11 de septiembre de 2013. (fls. 31 a 37)

Ahora bien, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto en párrafos precedentes, se infiere que, el único porcentaje de pérdida de capacidad laboral que es exigible a los miembros de la fuerza pública a efectos de que puedan hacerse acreedores al derecho a una pensión de invalidez, es el 50%, contemplado en el numeral 3.5 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, pues la disposición que establecía un trato diferenciado entre quienes perdieron su capacidad laboral con ocasión al servicio y quienes la perdieron por cualquier otro motivo, a saber el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013; sin que exista requisito adicional alguno dentro de este régimen especial que sea necesario acreditar para el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los miembros de la Fuerza Pública.

Si bien es cierto, la sentencia previamente aludida, no se había proferido al momento de determinar el grado de disminución de la capacidad laboral del demandante, no lo es menos, que con sustracción de este pronunciamiento y al acudir a la disposición legal que de manera general rige el caso concreto, a saber la Ley 923 de 2004, el señor José Dinaín Rivera Barreto al acreditar un porcentaje del **62.65%** de disminución de capacidad laboral cumple con el requisito establecido en el numeral 3.5 del artículo 3° de la Ley Marco (Ley 923 de 2004) para otorgar el reconocimiento pensional, en aplicación de los principios de favorabilidad laboral y pro homine.

Con base en todo lo expuesto, se establece que al encontrarse certificado que el demandante para el 9 de septiembre de 2011, cuando se produjo la lesión que conllevó a la pérdida de la disminución de la capacidad laboral en un 62.65% se encontraba prestando sus servicios como Auxiliar de la Policía Nacional y que la normatividad que le resulta aplicable únicamente le exige la acreditación de un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, resulta necesario concluir, que sus pretensiones encuentran el sustento jurídico y fáctico necesario para que puedan ser reputadas de procedentes.

- **Restablecimiento del Derecho**

Así pues, se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, en cuantía equivalente al 50% del sueldo básico que devengue un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en el Decreto 4433 de 2004, que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 13 de marzo de 2012, fecha en la cual el demandante fue licenciado por termino del servicio militar, según Resolución No. 0102 del 13 de marzo de 2012. (fl. 50)

La entidad demandada al momento de pagar el monto de las mesadas pensionales de conformidad con los parámetros ya expuestos en párrafos precedentes **deberá confrontar el valor** reconocido en la presente providencia con las sumas de dinero ya canceladas por concepto de mesadas y recibidas por el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, que le canceló la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de la Resolución 00897 del 23 de mayo de 2014, dando cumplimiento al fallo de tutela proferido el 6 de mayo de 2014, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala de Decisión Laboral, dentro del expediente número 15001220500020140017800 y tal como consta a folio 362 a 370 del plenario, con el fin de cancelar las diferencias por pagar a favor del demandante si a ello hubiere lugar. No sobra indicar que en la parte resolutiva del fallo en cita:

> "PRIMERO: CONCEDER como mecanismo transitorio el amparo solicitado por JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, a sus derechos fundamentales a la Seguridad Social en Pensiones, Mínimo Vital y Vida Digna, vulnerados por la POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.
>
> SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior DEJAR SIN VALOR Y EFECTO las resoluciones 01545 de 11 de septiembre de 2013 y 00516 de 11 de febrero de 2014 proferidas por la Subdirección y Dirección General de la Policía Nacional, respectivamente.
>
> TERCERO: ORDENAR a la Subdirección General de la Policía Nacional en cabeza de la señora MG. LUZ MARINA BUSTOS CASTAÑEDA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, emita una nueva resolución por medio de la cual se le reconozca y pague al señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO identificado con cédula de ciudadanía 1.058.324.737 de Santa María (Boyacá) la pensión de invalidez, a partir del 13 de marzo de 2013, fecha de su licenciamiento de la actividad policial.

> CUARTO: PREVENIR al actor, si es que no lo ha hecho, para que a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes al día sucesivo de la notificación de la resolución 00516 de 11 de febrero de 2014, interponga e impulse la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la justicia contencioso administrativa, en términos de los artículos 87 numeral 2° y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, so pena que el presente fallo, vencido este término carezca de efectos y, ADVERTIR a las partes que esta tutela permanecerá vigente hasta que la jurisdicción competente decida de fondo las pretensiones del actor relativas al mismo asunto." (fl. 363)

De la lectura de la decisión en mención, es claro que la orden impartida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, se realizó de manera transitoria, toda vez que como quedo consignado en la parte resolutiva de la mencionada providencia, el amparo de los derechos fundamentales tutelados quedaron supeditados hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa decidiera el fondo del asunto a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que hoy nos ocupa.

Como quiera que la entidad demandada expidió la Resolución No.00897 del 23 de mayo de 2014, dando cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, se repite, como mecanismo transitorio y teniendo en cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para definir de manera definitiva la controversia generada por la disminución en un 62.65% de la capacidad laboral del demandante, se declarará la nulidad de las Resoluciones 1545 del 11 de septiembre de 2013 y 516 del 11 de febrero de 2014, expedidas por la entidad demandada, que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, actos administrativos que afectaron la situación particular y concreta del demandante.

11.PRESCRIPCIÓN DE MESADAS PENSIONALES

Sobre la prescripción de las mesadas pensionales en el *sub examine* se encuentra demostrado, que el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO fue licenciado por termino del servicio militar obligatorio el 13 de marzo de 2012, que presentó petición ante el Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Área de Prestaciones Sociales el 21 de enero de 2013 (fls. 19 a 22) e instauró demanda el 12 de junio de 2014 (fl. 15), interrumpiendo de esta manera la prescripción en relación con las mesadas pensionales causadas a partir del 13 de marzo de 2012.

Por lo anotado no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción y por ende no prospera la excepción propuesta por la entidad demandada.

12.INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena que se decreta se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde a la mesada pensional reconocida, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se debió hacer el pago respectivo.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

13.COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Ahora bien, atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones reconocidas en la presente providencia.

14.DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

Primero.- Declarar la nulidad de las Resoluciones números 1545 del 11 de septiembre de 2013 y 516 del 11 de febrero de 2014, proferidas por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional a pagar a favor del señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO identificado con C.C.No.1.058.324.737, la pensión de invalidez efectiva a partir del 13 de marzo de 2012, en cuantía equivalente al 50% del sueldo básico que devengue un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional, con fundamento en las partidas computables que correspondan según el Decreto 4433 de 2004, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Tercero.- La entidad demandada al momento de pagar el monto de las mesadas pensionales de conformidad con los parámetros expuestos en la parte motiva, deberá confrontar el valor reconocido en la presente providencia con las sumas de dinero ya canceladas por concepto de mesadas y recibidas por el señor JOSÉ DINAÍN RIVERA BARRETO, que le canceló la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de la Resolución 00897 del 23 de mayo de 2014, dando cumplimiento al fallo de tutela proferido el 6 de mayo de 2014 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala de Decisión Laboral, dentro del expediente número 15001220500020140017800 con el fin de cancelar las diferencias por pagar a favor del demandante si a ello hubiere lugar.

Cuarto.- Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en esta providencia.

Quinto.- Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la formula señalada en la parte motiva de la providencia.

Sexto.- La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

Séptimo.- Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. y se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Octavo.- Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Noveno.- En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

mppf