

RETIR DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZAS MILITARES – Causales / EXCEPCIONES AL RETIRO DEL SERVICIO – Por edad y disminución de la capacidad psicofísica / INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE – Por acción del enemigo o tareas de mantenimiento del orden público / RETIRO DEL SERVICIO POR INCAPACIDAD PERMANENTE - No fue retirado del servicio por decisión unilateral de la administración / RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ – a partir de la fecha en que se dictamino la incapacidad permanente y no desde su retiro

El artículo 129 del Decreto 1211 de 1990, vigente para la fecha de los hechos que generaron la incapacidad, establecía textualmente: “El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación. b. Retiro absoluto: 1. Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez. El artículo 138 por su parte, dispone que los oficiales serán retirados del servicio en forma absoluta por “incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez”, estableciendo así un imperativo que debe cumplirse. No desconoce la Sala que el artículo 135 contempla unas excepciones al retiro del servicio activo, pero ellas, están referidas a los siguientes casos: Retiro por edad, Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. Ahora bien, tratándose de incapacidad absoluta y permanente, consecuencia de acción del enemigo o en tareas de mantenimiento del orden público, como en el asunto presente, el artículo 183 determina que tiene derecho a lo siguiente: a. Al ascenso al grado inmediatamente superior, sobre cuyos haberes serán liquidadas y pagadas todas sus prestaciones. b. A que por el Tesoro Público se le pague, por una sola vez, la indemnización que corresponda a su lesión de acuerdo con el reglamento respectivo, aumentada en otro tanto .c. A percibir del Tesoro Público una pensión mensual equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto. d. Al auxilio de cesantía y demás prestaciones correspondientes a su grado y tiempo de servicio. e. A una bonificación equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de la indemnización que resulte de la aplicación de la Tabla "D" del Decreto-ley 94 de 1989 o normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen. f. A importar para uso personal libre de cualquier gravamen nacional, implementos ortopédicos y un vehículo de características especiales acordes con su limitación física o incapacidad permanente, que permitan su rehabilitación y recuperación. El 13 de febrero de 1998 le fue practicada Junta Médico Laboral, en la cual se concluyó que a causa del atentado, había sufrido una disminución de su capacidad laboral del 95.26% y que la lesión había ocurrido en el servicio por acción del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público. El 3 de

abril de 1998 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional aprobó su continuidad en el servicio activo de la Institución. Se trató de una decisión unilateral de la administración pues examinadas las pruebas que obran en el expediente, el actor nunca la solicitó. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por considerar que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede devengar dos asignaciones del tesoro público y el hecho de que el actor pretendiera además del salario que le fue cancelado, que por el mismo período se le pagara pensión de invalidez, constituía una situación que se enmarcaba dentro del tal prohibición. Sin embargo, considera la Sala que si bien asiste razón al Tribunal en esta oportunidad y por tal motivo no es procedente el pago de salario y pensión a la vez, lo cierto es que si las normas consagraban la obligación de retirar del servicio al actor por la incapacidad que lo aquejaba, así ha debido proceder, dando cumplimiento y ordenando el pago de todas las prestaciones que le correspondían, las cuales, como se dejó dicho, están señaladas en el artículo 183 del Decreto 1211 de 1990. En el presente caso no se trató de una afección que le causara el detrimento paulatino del estado de salud del actor, como para tener duda en cuanto a la fecha en que lo cobijó la incapacidad absoluta y permanente. Fue un hecho –atentado- el que le produjo las lesiones y secuelas que llevaron a que se le determinara una incapacidad laboral del 95.26%.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 129 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 138 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 135 / DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 183

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06997-01(1600-07)

Actor: GABRIEL GARCÍA BONILLA

Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

GABRIEL GARCÍA BONILLA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de los oficios 000877 MDDAPSR-177 de 29 de enero de 2002 y 001890 MDDAPSR-177 de 18 de febrero de 2002, proferidos por el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de los cuales negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desde el 18 de agosto de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el correspondiente restablecimiento del derecho.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

El 18 de agosto de 1996, el actor, en su calidad de Comandante del Batallón Rafael Navas Pardo, fue objeto de un atentado terrorista, como consecuencia del cual sufrió lesiones de gravedad las cuales fueron clasificadas como causadas por acción del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público, de acuerdo con el informe administrativo por lesiones No 013.

El Acta No. 239 de 13 de febrero de 1998, emitida por la Junta Médico Laboral, concluyó que al actor lo aquejaba una incapacidad absoluta y permanente, por tal razón se le calificaba como no apto para el servicio, por tener una disminución de la capacidad laboral del 95.26%.

El 19 de marzo de 1998, en oficio proferido por el Mayor General Fernando Tapias Stahelin, no obstante reconocer el derecho del actor conforme al artículo 183 del Decreto 1211 de 1990, emite un concepto de idoneidad profesional con el fin de facilitar su continuidad en la institución, la cual fue aprobada el 3 de abril de 1998 por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de dicho Decreto.

Mediante oficio 83113 de 17 de julio de 2000, el Comandante del Ejército Nacional comunicó al Teniente Coronel García el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, decisión que fue prorrogada, sin mediar autorización de la Junta Asesora. Finalmente, al tramitar el acto administrativo ante el Presidente de la República fue devuelto por la Secretaría Jurídica de tal Entidad sin el respectivo trámite.

Por medio del Decreto 2511 de 30 de noviembre de 2000, el actor fue ascendido al grado de Coronel y se le retiró del servicio activo por incapacidad absoluta y permanente.

Dicho Ministerio, mediante Resolución 942 de 11 de junio de 2001 reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez al Teniente Coronel, conforme al expediente 417 de 2001 y dispuso el reconocimiento a partir de 1° de marzo del mismo año.

Normas violadas y concepto de la violación:

Constitución Política artículos 1, 2, 4, 6, 13, 123, 189 numerales 10 y 19 y 220.

Como cargo contra el acto acusado, señala que fue expedido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional sin tener competencia por ser un órgano de asesoramiento y en consecuencia no podía hacer cosa diferente que reconocer el ascenso del actor al grado de Coronel, determinar su retiro absoluto del servicio activo por incapacidad absoluta permanente derivada de la acción directa del enemigo y otorgarle los beneficios de que trata el artículo 183 del Decreto de 1211 de 1990 a partir de 18 de agosto de 1996.

Sin embargo, asumió funciones fuera de su competencia, dispuso de manera autónoma y sin petición del interesado la continuidad en el servicio y aplicó indebidamente la extensión de las excepciones de retiro temporal consagradas en el artículo 135 del Decreto 1211.

Tanto así que la Oficina Jurídica de la Presidencia señaló en oficio de 10 de octubre de 2000 que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa debió haber recomendado el retiro absoluto del servicio activo desde 1998, por la causal de incapacidad absoluta y permanente derivada del combate.

Señala que el salario que percibió por el periodo reclamado, corresponde al pago por los servicios prestados a la institución y que la pensión de invalidez que reclama no requería de la realización de ninguna actividad por su parte.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia objeto del recurso de apelación denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

De conformidad con el artículo 128 de la Carta Política, se trata de una prohibición de carácter objetivo por la cual no se puede percibir más de una asignación proveniente del erario público.

Ciertamente el demandante se encontraba incurso en la causal de retiro inmediato como consecuencia de la incapacidad absoluta y permanente, de tal suerte que la propuesta de continuidad en el servicio activo del acta de 3 de abril de 1998 no debió ser considerada y menos aprobada.

En cuanto a la reclamación de perjuicios, no la hizo en vía gubernativa, por lo que la administración no se pronunció sobre la misma, y el interesado tampoco los demostró dentro del proceso.

RAZONES DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folios 130 y siguientes del expediente, el apoderado del actor interpone recurso de apelación contra la sentencia, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

Sostiene que el demandante permaneció en servicio activo a pesar de su incapacidad, motivo por el cual tenía derecho a percibir los sueldos y prestaciones que determina la Ley, sin embargo, por esta sola razón no se puede desconocer el derecho que le asiste de percibir la pensión de invalidez.

El hecho de recibir una pensión o asignación de retiro, constituye una excepción a la prohibición contemplada en la Ley 4 de 1992, para percibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Concluye expresando que la pensión de invalidez, es un derecho adquirido que no puede ser desconocido por el sólo hecho de haber continuado el actor prestando sus servicios.

Para resolver, se

C O N S I D E R A

Se trata el presente problema jurídico de determinar a partir de cuándo tiene derecho el actor al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, para de allí establecer si le asiste razón en su pretensión de que se le reconozca dicha prestación desde el 18 de agosto de 1996.

El artículo 129 del Decreto 1211 de 1990, vigente para la fecha de los hechos que generaron la incapacidad, establecía textualmente:

ARTÍCULO 129. CAUSALES DE RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación.

...

b. Retiro absoluto:

1. Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez.

El artículo 138 por su parte, dispone que los oficiales serán retirados del servicio en forma absoluta por “incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez”, estableciendo así un imperativo que debe cumplirse.

No desconoce la Sala que el artículo 135 contempla unas excepciones al retiro del servicio activo, pero ellas, están referidas a los siguientes casos:

- Retiro por edad
- Retiro por disminución de la capacidad sicofísica.

Como puede observarse, la situación del actor no se encuentra contemplada en las señaladas de tal forma que diagnosticada la incapacidad, la Entidad ha debido proceder a su retiro.

Sin embargo, según consta a folio 50 del expediente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional determinó por unanimidad aprobar la continuidad en el servicio activo del actor, con fundamento en el artículo 135 del Decreto 1211 de 1990, la cual no podía servirle de base por referirse a hipótesis diferentes.

En consecuencia, el actor ha debido ser retirado del servicio por incapacidad absoluta y permanente, no siendo procedente su continuidad en el servicio por no tener tal decisión soporte legal.

Ahora bien, tratándose de incapacidad absoluta y permanente, consecuencia de acción del enemigo o en tareas de mantenimiento del orden público, como en el asunto presente, el artículo 183 determina que tiene derecho a lo siguiente:

- a. Al ascenso al grado inmediatamente superior, sobre cuyos haberes serán liquidadas y pagadas todas sus prestaciones.
- b. A que por el Tesoro Público se le pague, por una sola vez, la indemnización que corresponda a su lesión de acuerdo con el reglamento respectivo, aumentada en otro tanto.
- c. A percibir del Tesoro Público una pensión mensual equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.
- d. Al auxilio de cesantía y demás prestaciones correspondientes a su grado y tiempo de servicio.
- e. A una bonificación equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de la indemnización que resulte de la aplicación de la Tabla "D" del Decreto-ley 94 de 1989 o normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.
- f. A importar para uso personal libre de cualquier gravamen nacional, implementos ortopédicos y un vehículo de características especiales acordes con su limitación física o incapacidad permanente, que permitan su rehabilitación y recuperación.

El pago de las anteriores prestaciones y el otorgamiento de los beneficios contemplados en la norma, no son objeto de discusión por parte del actor. Su inconformidad está referida al momento a partir del cual le fueron reconocidas, en consideración a que fue mantenido en servicio activo, incumpliendo la normatividad citada.

Para establecerlo, es necesario hacer un recuento de los hechos que dieron origen a la incapacidad que se le determinó al actor:

El 18 de agosto de 1996 el actor, en su condición de Comandante del Batallón Rafael Navas Pardo (TAME – Arauca), sufrió un atentado terrorista.

El actor, siguió vinculado al servicio, según se desprende de los actos acusados.

El 13 de febrero de 1998 le fue practicada Junta Médico Laboral, en la cual se concluyó que a causa del atentado, había sufrido una disminución de su capacidad laboral del 95.26% y que la lesión había ocurrido en el servicio por acción del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público.

El 3 de abril de 1998 la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional aprobó su continuidad en el servicio activo de la Institución. Se trató de una decisión unilateral de la administración pues examinadas las pruebas que obran en el expediente, el actor nunca la solicitó.

Por lo anterior, por disposición del gobierno, continuó en servicio activo desempeñándose como Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Brigada de Aviación del Ejército hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual fue trasladado al Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional.

El 17 de julio de 2000, mediante oficio No. 83113, el Comandante del Ejército Nacional le comunicó al actor que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, en sesión del 14 de julio del mismo año, había dispuesto su retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, con novedad fiscal 16 de agosto de 2000.

El 30 de noviembre de 2000, por medio de la Resolución No. 2511, fue ascendido al grado inmediatamente superior, concretamente al de Coronel y se hizo efectivo su retiro del servicio activo por incapacidad absoluta y permanente y por Resolución 942 de 11 de junio de 2001 (fl.38), le fue reconocido y ordenado el pago de una pensión mensual de invalidez a partir del 1º de marzo de 2001, en cuantía el 100% en el grado de Coronel.

El 2 y 14 de enero de 2002, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez entre el 18 de agosto de 1996 y el 1º de marzo de 2001, junto con los valores correspondientes a intereses corrientes calculados hasta la fecha en que se hiciera efectivo el pago de las mesadas, fundamentándose en que el atentado por el cual había adquirido las lesiones ocurrió en la fecha citada y a

partir de allí surgió el derecho al reconocimiento y pago de la prestación solicitada.

La anterior petición fue negada mediante los actos acusados, en consideración a que para el período por el que el actor reclama el pago de la pensión de invalidez, se encontraba en actividad y sólo fue retirado hasta el 30 de noviembre de 2000.

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por considerar que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede devengar dos asignaciones del tesoro público y el hecho de que el actor pretendiera además del salario que le fue cancelado, que por el mismo período se le pagara pensión de invalidez, constituía una situación que se enmarcaba dentro del tal prohibición.

Sin embargo, considera la Sala que si bien asiste razón al Tribunal en esta oportunidad y por tal motivo no es procedente el pago de salario y pensión a la vez, lo cierto es que si las normas consagraban la obligación de retirar del servicio al actor por la incapacidad que lo aquejaba, así ha debido proceder, dando cumplimiento y ordenando el pago de todas las prestaciones que le correspondían, las cuales, como se dejó dicho, están señaladas en el artículo 183 del Decreto 1211 de 1990.

En el presente caso no se trató de una afección que le causara el detrimento paulatino del estado de salud del actor, como para tener duda en cuanto a la fecha en que lo cobijó la incapacidad absoluta y permanente. Fue un hecho – atentado- el que le produjo las lesiones y secuelas que llevaron a que se le determinara una incapacidad laboral del 95.26%.

De tal manera que es a partir de la fecha del atentado -18 de agosto de 1996- que el actor tenía derecho al ascenso y con fundamento en él a la liquidación de la pensión de invalidez.

En consecuencia se ordenará que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, reconozca la pensión de invalidez al actor, en el grado de Coronel, a partir del 18 de agosto de 1996.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, de acuerdo con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia y de ellas se descontará lo que el actor haya percibido a título de salario entre el 18 de agosto de 1996 y el 28 de febrero de 2001.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de 10 de mayo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por GABRIEL GARCÍA BONILLA. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de los oficios 000877 MDDAPSR-177 de 29 de enero de 2002 y 001890 MDDAPSR-177 de 18 de febrero de 2002, proferidos por el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, reconocer y pagar la pensión de invalidez a GABRIEL GARCÍA BONILLA, en el porcentaje señalado en los artículos 183 y 158 del decreto 1211 de 1990, a partir del 18 de agosto de 1996.

Las sumas que resulten por concepto de mesadas pensionales y adicionales, serán ajustadas en su valor dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir, por concepto de pensión de invalidez desde el 18 de agosto de 1996, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al

momento de la causación de cada uno de ellos.

De las sumas que resulten por el reconocimiento de la pensión de invalidez que aquí se decreta, se descontará lo que el actor haya percibido por concepto de salario entre el 18 de agosto de 1996 y el 28 de febrero de 2001.

EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem y el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen. **CUMPLASE.**

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Impedido

ALFONSO VARGAS RINCÓN