

PENSION DE INVALIDEZ - Bonificación especial adicional / BONIFICACION ESPECIAL ADICIONAL EN PENSION DE INVALIDEZ - Requisitos / PENSION DE INVALIDEZ - Bonificación especial en decretos salariales anuales difiere de la consagrada en el Decreto 2070 de 2003 / BONIFICACION ESPECIAL DE GRAN INVALIDEZ - No requiere probar del auxilio de otra persona para realizar funciones elementales

Sobre este particular, es del caso precisar que sí existió una bonificación especial equivalente al 25% al que se accedía por el sólo hecho de gozar de la pensión de invalidez y que fue consagrada año a año en los decretos por medio de los cuales se fijaron los sueldos básicos para el personal de oficiales, como es el caso del actor, prestación que subsistió sólo hasta el año 2003, al ser derogada por el Decreto 2107 de 2003 y no volver a ser contemplada en los decretos salariales de los años siguientes; sin embargo, esta bonificación difiere de aquella consagrada en el Decreto 2070 de 2003, que fue posteriormente declarada inexecutable. En efecto, la bonificación señalada en el Decreto 2070 de 2003, tenía unos presupuestos diferentes, en cuanto exigía que el pensionado por invalidez requiriera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida. A esta última prestación fue a la que se refirió el acto que reconoció la pensión de invalidez, en el parágrafo del artículo 1º de la Resolución No. 2983 del 15 de diciembre de 2003. Lo anterior quiere decir que dejó abierta la posibilidad para el actor, con el fin de que si llegase a estar en las circunstancias descritas en la norma podía solicitar el incremento. No obstante, considera la Sala que tratándose de una persona a quien se le ha determinado gran invalidez, como lo refiere el acto que retiró del servicio al actor, éste se encontraba relevado de demostrar o solicitar, como se lo impuso el acto de reconocimiento de la pensión, que necesitaba del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, pues como se vio, es de la naturaleza de la gran invalidez, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 94 de 1989, que quien la padezca, no pueda por sí mismo llevar a cabo tales funciones. En efecto, el artículo 15 del Decreto 94 de 1989, define la incapacidad absoluta y permanente o invalidez. Cuando el inválido no pueda moverse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez.

BONIFICACION ESPECIAL ADICIONAL EN PENSION DE INVALIDEZ - Reconocimiento a pesar de que la norma que lo consagra fue declarada inexecutable, lo cierto es que para ese momento se encontraba vigente

La Entidad debió proceder a reconocer el 25% adicional, sin condicionamiento alguno, además porque la norma que lo contemplaba no lo exigía. No desconoce la Sala que el Decreto 2070 de 2003, fue posteriormente declarado inexecutable, sin embargo estuvo vigente entre el 25 de julio de 2003 y el 6 de mayo de 2004, fecha en la que ya había sido reconocida la pensión del actor. A lo anterior se suma el hecho de que la disposición referida, fue reproducida en el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En las anteriores condiciones, encuentra la Sala que los actos demandados deben ser anulados, pues impusieron un condicionamiento que la norma que creó la bonificación solicitada no contempló y no tuvo en cuenta las disposiciones en que debía fundarse para efecto del reconocimiento pretendido, pues si bien al momento de la solicitud el Decreto 2070 de 2003 ya había sido declarado inexecutable, lo cierto es que para el momento del reconocimiento se encontraba vigente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2070 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01671-01(2093-07)

Actor: JUAN CARLOS MESTIZO REYES

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 28 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

JUAN CARLOS MESTIZO REYES, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita la nulidad de las Resoluciones 2220 de 09 de septiembre de 2004 y 3161 de 26 de noviembre de 2004, mediante las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la bonificación adicional especial establecida para los miembros de la fuerza pública con derecho a la pensión de invalidez.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional al reconocimiento y pago de una bonificación adicional especial, equivalente al 25% del total de pensión de invalidez que devenga desde 1° de enero de 2004.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

En calidad de Capitán de la Fuerza Aérea Colombiana, se le practicó Junta Médica Laboral, que quedó consignada en el acta No. 0011 de 02 de julio de

2003, en la que se determinó una disminución de la capacidad laboral de 89.44%, razón por la cual fue declarado no apto para continuar en el servicio.

Mediante Resolución 0953 de 26 de septiembre de 2003, fue separado del servicio.

La Secretaría General del Ministerio de Defensa, mediante Resolución 2983 de 15 de diciembre de 2003, le reconoció pensión de invalidez en el equivalente al 85% de las partidas computables a la prestación, de conformidad con los Decretos 745 de 2002 y 2070 de 2003, pero omitió el reconocimiento y pago del 25% de bonificación especial adicional establecido en el Decreto 2070 de 2003, el cual se otorga, cuando el pensionado por invalidez, requiere del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida.

El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición solicitando el pago del 25% adicional a la pensión de invalidez, con base en lo dispuesto en la sentencia C-462 de 6 de mayo de 2004, en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto 2070 de 2003 pero revivió, entre otros, el Decreto Legislativo 335 de 1992, que le es favorable.

La solicitud anterior fue resuelta por la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución 2220 de 19 de septiembre de 2004, negando el reconocimiento y pago de suma alguna por el concepto aludido, decisión que fue confirmada por el otro de los actos acusados.

NORMAS VIOLADAS

En la demanda se señalan como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 2, 13 y 53 de la C.N.
- Decretos 335 de 1992, 745 de 2002 y 717 de 2004
- Sentencias C-432 de 32004 y demás disposiciones concordantes sobre la materia.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, declaró no probada la excepción propuesta por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Frente a la caducidad de la acción consideró que el actor pretendió revivir términos, dado que debió recurrir la Resolución 2986 de 15 de diciembre de 2003 y demandarla dentro de los cuatro meses ante el Juez.

El Tribunal consideró que esta excepción no se configuró porque se predicó frente a un acto que no es objeto de la litis y porque la bonificación especial es una prestación periódica, la cual no está sujeta al término de caducidad de la acción.

El a-quo se refirió al Decreto 2070 de 25 de julio de 2003, el cual reformó el régimen pensional propio de las fuerzas Militares y en su parágrafo 3 señaló:"

“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 vida, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional”

Aduce que dicho decreto fue declarado inexecutable en su totalidad en Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004 emitida por la Corte Constitucional, en cuyo escrito asegura que éste vulnera la reserva de Ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, lo que significó que las normas que habían sido derogadas por el decreto mencionado recobraron vigencia, con el fin de no crear vacíos legales relacionados con las prestaciones de la Fuerza Pública.

Como quiera que el Decreto 745 de 2002 sirvió de sustento para reconocerle al actor la pensión de invalidez, por ser éste la disposición anterior aplicable al sub-lite, en lo relacionado con el 25% de incremento pensional, la sala entro a su estudio y manifestó que el artículo 30, produjo efectos desde que empezó a regir el Decreto, es decir, desde el 18 de abril de 2002, pero con efectos legales a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 30 de junio de 2003, día en que se publicó el Decreto 2070 de 2003, que modificó parcialmente el Decreto 745 de 2002 y derogó el artículo de dicha norma.

El actor elevó varias veces peticiones ante el Ministerio en procura de obtener el 25% de incremento en su monto pensional, pero todas fueron presentadas en el año 2004 fecha en que ya no se encontraba vigente el artículo 30 de la Ley 745 de 17 de abril de 2002.

Para el Tribunal es claro que no es procedente aplicar los anteriores Decretos, ni los Decretos 335 de 1992, 25 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1473 de 2001, 2737 de 2001, porque para esos años al actor no se le había reconocido la pensión de invalidez.

Advierte que la expectativa que le dieron respecto al 25% de bonificación, nunca se convirtió en un derecho adquirido, pues no entró en su haber y cuando lo reclamó ya no existía en el ordenamiento jurídico.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, con fundamento en las siguientes razones de inconformidad:

De forma equivocada el Tribunal negó las pretensiones bajo el argumento que para la época en que se presentó la solicitud del incremento del 25% ya se encontraba derogado el artículo 30 de la Ley 745 de 2002 y por ende el beneficio.

Aseguró que para mayo 20, junio 20, de 2003 (sic) ya se encontraba derogada la norma, pero que se debe entender que la petición se hizo sobre un acto administrativo anterior y cuando aún se encontraba vigente el Decreto 2070 de 2003.

Manifestó también que en la Junta Medico Laboral se determinó una disminución del 89.44% presentada por el actor y que desde ese momento, al adquirir el status pensional es beneficiario de lo consagrado en el artículo 30 del Decreto 745 de 2002.

Aclaró que si bien, en el caso presente se debe tener en cuenta como disposición válida la norma vigente para la novedad fiscal, el Decreto 2070 también consagró el beneficio del 25% y que así haya sido declarada inexecutable, durante el tiempo de vigencia es válida y surte efectos legales.

Para resolver, se

CONSIDERA

Al actor le fue practicada Junta Médico Laboral el 2 de julio de 2003, según el Acta que obra a folio 2 del expediente, en la cual se concluyó que padecía trastorno afectivo bipolar tipo I (sicosis maniaca recurrente) y además que se le había practicado una lobectomía segmentaria secundaria a neumonía del lóbulo superior derecho.

Acto seguido lo clasificó como no apto para continuar en el servicio y le determinó una incapacidad tipo invalidez, por presentar una disminución de la capacidad laboral del 89.44%.

El 26 de septiembre de 2003 se le retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares - Fuerza Aérea Colombiana, en forma absoluta por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, a partir del 1 de octubre de 2003.

Posteriormente se expidió la Resolución No. 2983 del 15 de diciembre de 2003 por la cual se le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez en cuantía equivalente al 85% de la suma de lo percibido por sueldo básico, subsidio familiar, prima de actividad y 1/12 de la prima de navidad.

Dicho acto, en el párrafo del artículo 1º, dispuso:

El citado pensionado, en virtud con lo establecido en el Decreto 2070 (julio 25 de 2003), en el evento que requiera del auxilio de otra personas para realizar las funciones elementales de su vida, deberá aportar certificación al respecto, expedida por la Dirección de Sanidad correspondiente, para tener derecho al 25% de incremento sobre el monto de la pensión, porcentaje que se descontará para efectos de sustitución pensional.

El 11 de mayo de 2004, en atención a lo anterior, el actor solicitó al Director de Prestaciones Sociales de Mindefensa, ordenara a quien correspondiera el reconocimiento de la bonificación especial mensual del 25%, adicional a la pensión de invalidez, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 335 de 1992. Lo anterior, expresa, en consideración a que la sentencia C-432 de 2004, declaró inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003.

En las anteriores condiciones, es del caso determinar, en primer lugar, la fecha para la cual debe examinarse la vigencia de las normas que establecían la bonificación especial.

Dicha fecha no es otra que la del 1º de enero de 2004, en consideración a que el actor fue retirado por acto del 26 de septiembre de 2003, con efectos a partir del 1º de octubre del mismo año y luego, entre octubre y diciembre transcurrieron los tres meses de alta, es decir, que la pensión efectivamente se le empezó a cancelar en la fecha primeramente citada, la cual sirve de base para determinar qué norma regía la situación del actor.

Para la fecha de reconocimiento de la pensión de invalidez, como lo determinó el acto acusado, se encontraba vigente el Decreto 2070 de 2003, que establecía la posibilidad de que los pensionados por esta causa que requirieran del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, tenían derecho a una bonificación especial del 25% sobre el monto de la pensión.

En este punto, es del caso examinar el tipo de invalidez que le fue dictaminada al actor, para los efectos a que más adelante se hará referencia.

De conformidad con el Acta de Junta Médico Laboral que obra a folio 2 del expediente, al actor le fue diagnosticada una “**incapacidad tipo invalidez**”, con una disminución de la capacidad laboral del 89.44%.

En consecuencia, por Resolución No. 0953 del 26 de septiembre de 2003, se le retiró del servicio en forma absoluta por “**incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez**”.

La Resolución No. 2983 del 15 de diciembre de 2003, que reconoció la pensión de invalidez al actor, en el PARÁGRAFO del artículo 1º, estableció:

El citado pensionado, en virtud con lo establecido en el Decreto 2070 (julio 25 de 2003), en el evento que requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, deberá aportar certificación al respecto, expedida por la Dirección de Sanidad correspondiente, para tener derecho al 25% de incremento

sobre el momento de la pensión, porcentaje que se descontará para efectos de la sustitución pensional.

Para la fecha de reconocimiento de la pensión, la norma a que se refiere el párrafo transcrito estaba vigente y después fue declarada inexecutable por la sentencia C-432 de 2004 (6 de mayo).

Considera el actor que al haber sido declarado inexecutable el citado Decreto, revivieron normas tales como el artículo 16 del Decreto 335 de 1992, que expresamente señalaba:

ARTÍCULO 16. <Decreto derogado, salvo los artículos 18, 19, 20 por el artículo 35 del Decreto 25 de 1993> Los oficiales, suboficiales, agentes, alumnos de las escuelas de formación de oficiales y suboficiales, soldados, grumetes, infantes y personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pensionados por disminución de la capacidad sicofísica o incapacidad absoluta, tendrán derecho a una bonificación especial mensual adicional, equivalente al 23.2% de la totalidad de la respectiva pensión.

Sobre este particular, es del caso precisar que sí existió una bonificación especial equivalente al 25% al que se accedía por el sólo hecho de gozar de la pensión de invalidez y que fue consagrada año a año en los decretos por medio de los cuales se fijaron los sueldos básicos para el personal de oficiales, como es el caso del actor, prestación que subsistió sólo hasta el año 2003, al ser derogada por el Decreto 2107 de 2003 y no volver a ser contemplada en los decretos salariales de los años siguientes; sin embargo, esta bonificación difiere de aquella consagrada en el Decreto 2070 de 2003, que fue posteriormente declarada inexecutable.

En efecto, la bonificación señalada en el Decreto 2070 de 2003, tenía unos presupuestos diferentes, en cuanto exigía que el pensionado por invalidez requiriera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida.

A esta última prestación fue a la que se refirió el acto que reconoció la pensión de invalidez, en el párrafo del artículo 1º de la Resolución No. 2983 del 15 de diciembre de 2003.

Lo anterior quiere decir que dejó abierta la posibilidad para el actor, con el fin de que si llegase a estar en las circunstancias descritas en la norma podía solicitar el incremento.

No obstante, considera la Sala que tratándose de una persona a quien se le ha determinado **gran invalidez**, como lo refiere el acto que retiró del servicio al actor, éste se encontraba relevado de demostrar o solicitar, como se lo impuso el acto de reconocimiento de la pensión, que necesitaba del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, pues como se vio, es de la naturaleza de la gran invalidez, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 94 de 1989, que quien la padezca, no pueda por sí mismo llevar a cabo tales funciones.

En efecto, el artículo 15 del Decreto 94 de 1989, define la incapacidad absoluta y permanente o invalidez, como:

... estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas, no susceptibles de recuperación por medio alguno, que incapacitan en forma total a la persona para ejercer toda clase de trabajo. Cuando el inválido no pueda moverse, conducirse o **efectuar los actos esenciales de la existencia sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez.**

Es decir, que la Entidad debió proceder a reconocer el 25% adicional, sin condicionamiento alguno, además porque la norma que lo contemplaba no lo exigía.

No desconoce la Sala que el Decreto 2070 de 2003, fue posteriormente declarado inexecutable, sin embargo estuvo vigente entre el 25 de julio de 2003 y el 6 de mayo de 2004, fecha en la que ya había sido reconocida la pensión del actor.

A lo anterior se suma el hecho de que la disposición referida, fue reproducida en el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En las anteriores condiciones, encuentra la Sala que los actos demandados deben ser anulados, pues impusieron un condicionamiento que la norma que creó la bonificación solicitada no contempló y no tuvo en cuenta las disposiciones en que

debía fundarse para efecto del reconocimiento pretendido, pues si bien al momento de la solicitud el Decreto 2070 de 2003 ya había sido declarado inexecutable, lo cierto es que para el momento del reconocimiento se encontraba vigente.

En las anteriores condiciones, encuentra la Sala que debe revocar la sentencia apelada, en cuanto denegó las súplicas de la demanda y en su lugar acceder al reconocimiento y pago del 25% correspondiente a la bonificación adicional a la pensión de invalidez reconocida al señor JUAN CARLOS MESTIZO REYES, teniendo en cuenta que fue pensionado por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, situación que por sí misma lo hace acreedor a tal bonificación en el entendido de que la gran invalidez precisamente está acompañada de la necesidad de la ayuda permanente de otra persona para realizar los actos esenciales de su vida.

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 junio 28 de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso incoado por JUAN CARLOS MESTIZO REYES. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 2220 de septiembre 9 y 3161 del 26 de noviembre de 2004, por medio de las cuales negó a JUAN CARLOS MESTIZO REYES, el 25% de bonificación adicional contemplado en el Decreto 2070 de 2003, vigente para la época de reconocimiento de la pensión de invalidez y reproducido por el Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordena al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, reconocer y pagar el 25% de bonificación adicional contemplado en el Decreto 2070 de 2003 y posteriormente en el 4433 de 2004, sobre la pensión de invalidez que devenga el actor desde el 1º de enero de 2004, fecha de su retiro del servicio.

A las sumas que resulten por concepto del porcentaje mencionado, se les aplicarán los ajustes de ley a que haya lugar, y se actualizarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir, por concepto de bonificación adicional a la pensión de invalidez reconocida al actor desde el 1º de enero de 2004, 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 porcentaje del 25% de la mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

EL MINISTERIO DE LA 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. **CÚMPLASE. PUBLÍQUESE.**

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

