

INEPTITUD DE LA DEMANDA - No opera por demandar el acto ficto frente a la ausencia de prueba de la notificación del acto expreso que resuelve el recurso de reposición / PENSION DE INVALIDEZ – Ineptitud de la demanda. Derecho al mínimo vital. Derecho a la vida. Derecho a la dignidad humana.

La copia de la documental obrante a folio 76 del expediente con la que se pretende certificar la publicación en edicto de la referida notificación, es una copia parcialmente ilegible y sin firma que no permite constatar la veracidad de lo expresado; por lo tanto, no se podría tener como prueba de que la notificación del referido acto se hubiera realizado en legal forma y para determinar ello sería necesario requerir a la entidad para que allegara copia tanto del edicto, como de la constancia de ejecutoria del acto, que sea legible y permita hacer la verificación pertinente. La Sala considera que una decisión inhibitoria, conllevaría el inicio de una nueva acción por parte del demandante, en aras de resolver la misma controversia y por ser una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, se pueden llegar a ver comprometidos otros derechos tales como el mínimo vital, la vida y la dignidad humana, lo que exige del intérprete del derecho, no solo la aplicación estricta y rigurosa de los requisitos de procedibilidad, sino el análisis necesario tendiente a la materialización del derecho, en garantía de normas superiores, lo que implica que se hará el estudio de legalidad de la Resolución No. 013 de enero 7 de 2005, precisando que lo que se decida al respecto, igualmente cobijará al acto que hubiere resuelto el recurso de reposición contra ella instaurado.

ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE INVALIDEZ – Incompatibilidad. Extinción. Descuentos de sumas recibidas

El demandante manifiesta inconformidad con dicha orden de reintegro o descuento, porque considera que una y otra pensión tiene una fuente diferente y por lo tanto, no hay lugar a hacer la devolución de ninguna suma. Al elegir una de las dos prestaciones, el demandante renunció a la otra y por tal razón la entidad demandada decidió extinguir la que le había reconocido, desde el momento mismo de su reconocimiento, en el entendido de que la prestación que eligió, por serle favorable, le sería reconocida desde el momento mismo de la desvinculación del servicio. Lo anterior quiere decir que si el demandante eligió la pensión de invalidez, ella se reconocería a partir del momento mismo en que se produjo la desvinculación, es decir, se ordenaría realizar el pago de las mesadas de ella con retroactividad a la fecha del retiro. La decisión tendiente a devolver las sumas reconocidas por concepto de asignación de retiro, en últimas, lo que conlleva es que al

momento de liquidarle al demandante las mesadas por pensión de invalidez desde el momento del retiro, no se pague la totalidad de dicha liquidación, sino que se descuente lo ya reconocido, pero se paguen las diferencias que surgen entre lo ya recibido por la asignación a la que renunció y lo que debe pagarse con ocasión de la pensión que le es más favorable.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 – ARTICULO 175

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01475-01(1466-12)

Actor: DAGOBERTO MENDOZA LUNA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – ARMANDA NACIONAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2012 por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Dagoberto Mendoza Luna solicita al Tribunal declarar nulo el acto ficto producto del silencio en que incurrió la administración en cuanto omitió resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.

013 de enero 7 de 2005 mediante la cual se extinguió la asignación de retiro que se había reconocido a su favor y los numerales 2 a 7 de dicha resolución.

Como consecuencia de tal declaración pide ordenar a la entidad la devolución de \$99.561.329.00, en el evento de que hubieren ingresado a su patrimonio, provenientes del presupuesto del Ministerio de Defensa – Armada Nacional por el reintegro que se debía realizar y en tal caso, ordenar a su favor la devolución de esas sumas debidamente indexadas de conformidad con la ley de acuerdo con los artículos 175, 176 y 178 del C.C.A.

Como hechos que sustentan sus pretensiones expone los siguientes:

Solicitó al Ministerio de Defensa el cambio de asignación de retiro que recibía en calidad de Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional y que le había sido reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 1833 de junio 6 de 1998 por cumplir más de 20 años de servicio.

Durante su desempeño militar debido a las actividades que desarrollaba en las naves se le produjo sordera de ambos oídos, razón por la cual posteriormente a su retiro institucional fue sometido a valoración por la junta médica, quien emitió el Acta No. 042 de junio 18 de 1998 declarando la pérdida de la capacidad laboral del 86.5% y a pesar de que su condición médica habría dado lugar al retiro, su desvinculación no se produjo por esa causa.

Teniendo en cuenta tal situación y por serle más favorable el

reconocimiento de la pensión por invalidez, solicitó al Ministerio de Defensa que fuera cambiada su prestación y dentro del trámite de reconocimiento de la pensión por invalidez y de extinción de la asignación de retiro se ordenó la suspensión del reconocimiento de ésta y se dispuso el reintegro de la suma de \$99.561.329 correspondiente a las sumas reconocidas por concepto de asignación de retiro, sin tener en cuenta que las sumas pagadas a ese título constituían un derecho adquirido, pues fueron reconocidas por cumplir los requisitos para adquirir la prestación.

A la fecha de la presentación de la demanda, no se sabe si tal dinero entró a las arcas de la Caja demandada o si el Ministerio de Defensa Nacional realizó los descuentos de ese valor, máxime cuando en el acto acusado se confiere mérito ejecutivo para reclamar ese valor.

Por las razones anteriores interpuso recurso de reposición el 25 de enero de 2005 y transcurridos dos meses sin obtener respuesta alguna, se configuró el silencio administrativo negativo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del C.C.A.

Considera que las decisiones de la administración vulneran lo dispuesto en la Constitución Política, artículos 58 inciso 2º, 54 literal e), 150 numeral 19 y 217 último inciso, así como el numeral 38 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 63 del Decreto 1211 de 1990.

Asegura que el contenido de los actos acusados constituye la desprotección de sus derechos adquiridos, pues desconoce que el reconocimiento de la asignación de retiro lo obtuvo por cumplir los requisitos de ley.

Sostiene que es el legislador quien tiene la potestad de tratar el tema del régimen prestacional de los militares y, en este caso, la entidad demandada está pretendiendo suplantar esa función con lo dispuesto en el acto acusado, pues por el solo hecho de sobrepasar los 15 años de servicios militares adquirió el derecho a la asignación de retiro que le fue reconocida.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda¹.

Aseguró que fue en virtud de las normas que gobiernan el régimen especial que cobija a los miembros de las Fuerzas Militares que se reconoció la asignación de retiro al demandante, mediante Resolución No. 1083 de junio 5 de 1998; sin embargo, con posterioridad a ello, la Junta Médica Laboral del Hospital Naval de Cartagena le declaró una disminución de la capacidad laboral en un 86.5%, considerada como una enfermedad profesional.

Con fundamento en lo anterior, el demandante mediante oficio de 18 de agosto de 2004 manifestó su intención de acogerse al reconocimiento de la pensión de invalidez, manifestación de voluntad que fue remitida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 24 de agosto de 2004, para lo pertinente, lo que conllevó la suspensión del pago de la asignación de retiro y la expedición de la Resolución No. 0013 de enero 7 de 2005, mediante la cual se declaró la extinción de la asignación de retiro y se ordenó el reintegro de los valores reconocidos por ese concepto, decisión con la que el demandante no estuvo de acuerdo, lo que motivó la interposición del

¹ Folios 48 a 55.

recurso de reposición.

El recurso fue resuelto mediante Resolución No. 1069 de abril 6 de 2005 en la que se confirmó la decisión recurrida, actos que están ajustados a la legalidad, pues como el demandante se acogió a la pensión de invalidez por serle más favorable, no pueden reconocerse las dos simultáneamente, pues se trata de dos prestaciones provenientes del erario público y permitir el doble pago constituye un detrimento patrimonial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda; en consecuencia, se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo.

Consideró que la administración resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución No.0013 de enero 7 de 2005, mediante la Resolución No. 1069 de abril 6 de 2005, acto administrativo que le fue comunicado mediante citación de abril 14 de 2005 (fl. 60) con miras a su notificación y al transcurrir el tiempo concedido se realizó la notificación por edicto, en cumplimiento de los artículos 44 y 45 del C.C.A., por ende, tal decisión quedó notificada el 5 de mayo de 2005 cuando se desfijó el referido edicto.

Sostuvo que con fundamento en lo anterior, y al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 138 del C.C.A. el demandante debió demandar la resolución que resolvió el recurso de reposición, pues omitir dicho requisito y, en su lugar, aducir la existencia de un silencio administrativo que no se configuró, constituye ineptitud sustantiva de la

demanda.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado del demandante la apeló en la oportunidad procesal. En su escrito manifestó que sin haber pruebas en el expediente, el a quo consideró que la resolución que resolvió el recurso de apelación efectivamente fue notificada, pues si bien obra copia de la constancia de la presunta fijación del edicto, ella carece de firma del funcionario que la respalda; además, no reposa copia del edicto, con inserción de la parte resolutive de la providencia, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes del C.C.A. para que se tenga por válida tal notificación.

En torno al fondo del asunto, reitera que es ilegal la orden de devolución de las sumas reconocidas a su favor por concepto de asignación de retiro, sin mediar por lo menos, un escrito de aceptación de su parte.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de la Resolución No. 0013 de enero 7 de 2005 mediante la cual se extinguió la asignación de retiro reconocida al señor Dagoberto Mendoza Luna y el acto ficto producto del silencio en que incurrió la administración por omitir respuesta al recurso de reposición que se interpuso contra dicha resolución.

CUESTIÓN PREVIA

En razón a que el a quo declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la Sala estudiará si se configuró o no la misma por no haberse demandado la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución No. 013 de enero 7 de 2005, sino haber demandado el acto ficto producto del presunto silencio en que consideró que había incurrido la administración al no resolver el mismo.

Esta Corporación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 50, 51, 62, 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo ha sostenido que el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto indispensable para acudir ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de rechazo de la demanda al momento de verificar los requisitos para su admisibilidad o de emitirse un fallo inhibitorio al momento de decidir la litis.

Y, en el caso analizado, el demandante interpuso el recurso de reposición que, una vez interpuesto, solo se entiende agotada la vía gubernativa con el acto que lo resuelve.

Como el demandante no recibió respuesta a su recurso dentro del término de 2 meses², consideró que se configuró el silencio administrativo y acudió a la jurisdicción en aras de reclamar la nulidad del acto ficto; sin embargo, la administración aseguró que sí resolvió oportunamente el acto y envió comunicación al demandante con el objeto de que compareciera a notificarse de la decisión adoptada, pero como vencido el término para su

² Según lo consagrado en el artículo 60 del C.C.A.

comparecencia, no lo hizo, procedió a publicar el edicto en aras de notificar la decisión adoptada.

El a quo consideró que la omisión en demandar el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición constituye causal para declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, por no demandarse todos los actos administrativos, mediante los cuales quedó agotada la vía gubernativa, teniendo en consideración que dicho acto fue debidamente notificado.

Para tal efecto, sostuvo que de conformidad con las copias obrantes a folios 76 y 77 del expediente estaba probado que la decisión del recurso había sido debidamente notificada.

La copia de la documental obrante a folio 76 del expediente con la que se pretende certificar la publicación en edicto de la referida notificación, es una copia parcialmente ilegible y sin firma que no permite constatar la veracidad de lo expresado; por lo tanto, no se podría tener como prueba de que la notificación del referido acto se hubiera realizado en legal forma y para determinar ello sería necesario requerir a la entidad para que allegara copia tanto del edicto, como de la constancia de ejecutoria del acto, que sea legible y permita hacer la verificación pertinente.

No obstante, en casos como el analizado, en que se encuentra en discusión un asunto relacionado con una prestación social pensional del demandante, quien tiene alrededor de 55 años de edad³ y que de conformidad con su situación fáctica, tiene un alto grado de invalidez, tal

³ Según información depositada en la documental visible a folio 67.

requisito no puede convertirse en un obstáculo para resolver su reclamación pensional.

La Sala considera que una decisión inhibitoria, conllevaría el inicio de una nueva acción por parte del demandante, en aras de resolver la misma controversia y por ser una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, se pueden llegar a ver comprometidos otros derechos tales como el mínimo vital, la vida y la dignidad humana, lo que exige del intérprete del derecho, no solo la aplicación estricta y rigurosa de los requisitos de procedibilidad, sino el análisis necesario tendiente a la materialización del derecho, en garantía de normas superiores, lo que implica que se hará el estudio de legalidad de la Resolución No. 013 de enero 7 de 2005, precisando que lo que se decida al respecto, igualmente cobijará al acto que hubiere resuelto el recurso de reposición contra ella instaurado⁴.

Dilucidado lo anterior procede la Sala a estudiar el fondo del asunto de acuerdo con los puntos de análisis planteados en la demanda.

La inconformidad del demandante con el acto acusado, radica en la orden de devolver las sumas reconocidas por concepto de asignación de retiro y el carácter de mérito ejecutivo que se le atribuyó a tal acto, en aras de reclamar la devolución de tales sumas, que se impuso en los numerales 2 a 6 de la parte resolutive del acto citado.

El demandante laboró al servicio de la Armada Nacional por

⁴ En similares circunstancias, cuando se ha omitido acusar el acto que resuelve recursos en sede administrativa, la Sala ha omitido la exigencia de tal requisito en garantía de derechos constitucionales, ver sentencia de agosto 17 de 2011, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00342-01(2203-10).

espacio de 22 años, 1 mes y 28 días, cuando en virtud de la Resolución No. 024 de 1998 con efectividad del 10 de mayo de ese mismo año, se aceptó su desvinculación del servicio por solicitud propia⁵.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció una asignación de retiro a favor del demandante mediante Resolución No. 1083 de junio 5 de 2008⁶ en cuantía del 78% de las partidas computables, a partir del 11 de mayo de 1998.

Con posterioridad al retiro del servicio, el demandante fue valorado por la Junta Médica Laboral, que determinó un 86.5% de pérdida de su capacidad laboral⁷, lo que daba lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Por ser más favorable el demandante optó por la pensión de invalidez, en lugar de la asignación de retiro reconocida mediante la resolución previamente citada⁸, razón por la cual la Coordinadora del grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa libró comunicación al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en tal sentido, para que expidiera el acto correspondiente.

En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares expidió la Resolución No. 0013 de enero 7 de 2005⁹ mediante la cual extinguió la asignación de retiro que le había reconocido al actor mediante Resolución No. 1083 de junio 5 de 1998.

⁵ Información contenida del acto administrativo de reconocimiento pensional (fl. 19).

⁶ Folios 19 a 21.

⁷ Copia del acta de la Junta médica practicada obra de folio 81 a 83 del expediente.

⁸ Según afirmación hecha en la demanda y de conformidad con la documental obrante a folio 78.

⁹ Folios 10 al 12.

Así mismo, consideró que como entre el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1998 y el 30 de septiembre de 2004 el demandante recibió la suma de \$99.561.329 por concepto de mesadas de asignación de retiro, éstas debían ser reintegradas o descontadas del valor que por concepto de pensión de invalidez le reconocería el Ministerio de Defensa, por ser dos prestaciones incompatibles.

El demandante manifiesta inconformidad con dicha orden de reintegro o descuento, porque considera que una y otra pensión tienen una fuente diferente y por lo tanto, no hay lugar a hacer la devolución de ninguna suma.

Sin lugar a dudas, la asignación de retiro y la pensión de invalidez provienen de una fuente distinta, tal como lo considera el demandante, pues la primera se reconoce como consecuencia del cumplimiento del tiempo de servicio exigido en la ley, mientras que la segunda se reconoce a causa de la invalidez que se causa, en este caso, a un miembro de las Fuerzas Militares.

No obstante, la ley es clara en determinar que una y otra prestación son incompatibles entre sí, es decir, que no pueden percibirse simultáneamente; sobre ese particular el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990 “por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares” establece:

“ARTICULO 175. FORMA DE PAGO DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos

públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público.”

Al elegir una de las dos prestaciones¹⁰, el demandante renunció a la otra y por tal razón la entidad demandada decidió extinguir la que le había reconocido, desde el momento mismo de su reconocimiento, en el entendido de que la prestación que eligió, por serle favorable, le sería reconocida desde el momento mismo de la desvinculación del servicio.

Lo anterior quiere decir que si el demandante eligió la pensión de invalidez, ella se reconocería a partir del momento mismo en que se produjo la desvinculación, es decir, se ordenaría realizar el pago de las mesadas de ella con retroactividad a la fecha del retiro.

Así las cosas, al ordenar en el acto acusado la devolución de las sumas que se habían pagado por concepto de asignación de retiro, no se está incurriendo en irregularidad alguna, pues tales descuentos surgen de la incompatibilidad que existe entre dicha prestación y la pensión por invalidez

¹⁰ La de invalidez.

por la que optó el demandante que, se repite, por favorabilidad sería reconocida a partir del momento del retiro.

La decisión tendiente a devolver las sumas reconocidas por concepto de asignación de retiro, en últimas, lo que conlleva es que al momento de liquidarle al demandante las mesadas por pensión de invalidez desde el momento del retiro, no se pague la totalidad de dicha liquidación, sino que se descuente lo ya reconocido, pero se paguen las diferencias que surgen entre lo ya recibido por la asignación a la que renunció y lo que debe pagarse con ocasión de la pensión que le es más favorable.

Para la Sala es claro que lo que se pretende con la orden que el demandante controvierte, es evitar una doble erogación a cargo del erario público, una por los montos ya reconocidos por concepto de asignación de retiro y la otra por los montos a reconocer, **por el mismo periodo**, por concepto de pensión de invalidez.

Es evidente que el demandante nunca ha visto desprotegido su derecho a la seguridad social, en cuanto desde el momento en que se produjo su desvinculación le fue reconocida su asignación de retiro y ésta debía ser extinguida para entrar a percibir la pensión de invalidez, so pena de incurrir en la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 de recibir dos asignaciones del erario público, que de conformidad con la ley son incompatibles.

Consecuente con lo anterior, la Sala revocará la sentencia recurrida que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en su lugar, despachará desfavorables las súplicas de la demanda.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del dos (2) de marzo de dos mil doce (2012) proferida por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se declaró inhibido para conocer el fondo de la controversia.

En su lugar se dispone:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda promovida por Dagoberto Mendoza Luna contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO