

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 19 de julio de 2018

Expediente N°: 52001-2331-000-2012-00174-01
N° Interno: 1869-2017
Demandante: Wilson Ovidio Díaz Gálvez
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional¹.
Asunto: Incompatibilidad asignación de retiro con sueldos y prestaciones pagadas por orden judicial / naturaleza de la orden de reintegro al servicio y pago de salarios sin descuentos.

Fallo de segunda instancia - Ley 1437 de 2011

I. ASUNTO

Decide la Sala² el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 22 de febrero de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión del Sistema Escrito, que negó las pretensiones de la demanda, encaminadas a la nulidad del acto administrativo que revocó el reconocimiento de una asignación de retiro y ordenó al devolución de lo pagado por tal concepto.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El señor Wilson Ovidio Díaz Galvez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR para que no se le descuenten los valores que le fueron pagados por concepto de asignación de

¹ En adelante CASUR.

² Ingreso al Despacho para fallo el 27 de abril de 2018, folio 295

retiro por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2005 y el 30 de agosto de 2011 porque fue reintegrado al servicio activo de la Policía Nacional.

2.1.1 Pretensiones

Declarar la nulidad de la Resolución 6953 del 27 de septiembre de 2011, expedida por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR, a través de la cual, se revocó el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante por haber sido reintegrado al servicio en cumplimiento de una sentencia, y se le ordenó el descuento de los valores que le fueron pagados por concepto de asignación de retiro por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2005 y el 30 de agosto de 2011.

Así mismo, los literales a), b) y c) del artículo 1º de la Resolución 1497 del 21 de noviembre de 2011, suscrita por el Director Administrativo y Financiero de la Policía Nacional en cumplimiento de la sentencia del 28 de enero de 2011 del Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto ordenó descuentos en favor de CASUR por concepto de asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le restablezca al demandante el derecho a percibir la asignación mensual de retiro en la forma en que inicialmente le fue reconocida, y al pago de la suma de \$68.109.302.76, que le fue ordenada restituir a la accionada.

Que la condena se indexe a valor presente y devengue los intereses moratorios conforme las reglas dispuestas en el CPACA.

2.1.2. Fundamentos fácticos

La Sala resume la situación fáctica descrita en la demanda así:

Señaló que mediante la Resolución 2627 del 22 de julio de 2005, la Policía Nacional dispuso el retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios, decisión que demandó a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aseveró que CASUR le reconoció asignación mensual de retiro al demandante, a través de la Resolución 6732 del 28 de octubre de 2005, en cuantía del 54% de su sueldo básico y de las partidas legalmente computables a partir del 2 de noviembre de 2005.

Dijo que el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia de 28 de enero de 2011, confirmó el fallo del 16 de marzo de 2010, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Pasto, que había anulado el acto que lo retiró del servicio y ordenó el reintegro del demandante al servicio como Sargento Segundo de la Policía Nacional, el pago de salarios y prestaciones causados desde la desvinculación hasta el reintegro.

Afirmó que mediante la 2111 del 15 de junio de 2011, la Policía Nacional reintegró al actor a su cargo, y que mediante Resolución 1497 del 21 de noviembre del mismo año se le ordenó el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, ordenándose el descuento de lo pagado por concepto de asignación de retiro en beneficio de CASUR.

Aseguró que CASUR expidió la Resolución 6953 del 27 de septiembre de 2011, por medio de la cual ordenó el reintegro de \$68.109.302.76 por concepto de las mesadas de asignación percibidas entre el 2 de noviembre de 2005 y el 30 de agosto de 2011.

2.1.2. Normas violadas

Constitución Política, artículos 2, 3, 4, 6, 25, 29, 46, 48, 53, 90, 121 y 128.

Código Contencioso Administrativo: artículos 174, 175 y 176.

Ley 238 de 1995

Ley 4ª de 1992.

Decreto 1212 de 1990.

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21.

El demandante sustentó los cargos contra el acto acusado, de la siguiente manera:

2.1.3. Concepto de violación

Señaló que el artículo 128 de la Constitución Política que consagra la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público tiene excepciones.

Adujo que es clara la compatibilidad existente entre las sumas percibidas a título de indemnización, correspondientes a los salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la expedición de un acto de retiro que posteriormente fue declarado nulo, con los dineros recibidos por concepto del reconocimiento de la asignación de retiro, de manera que CASUR hace mal en exigir la devolución de éstas sumas, pues ellas tienen su causa en el cumplimiento de un tiempo de servicio en las filas de la fuerza pública.

Citó y transcribió apartes de las sentencias proferidas por esta Corporación, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 2008, Consejero Ponente Doctor Jesús María Lemus Bustamante; Sección Segunda, Subsección “B”; de 30 de marzo de 2011, Número Interno 2295-2008, Consejera Ponente Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, de la Sección Segunda, Subsección “A” de 27 de marzo de 2008, Número Interno 8239-05, Consejero Ponente Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Sección Segunda de 6 de agosto de 2009, Número Interno 1267-2007, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila y, las sentencias C-133 de 1993 y C-071 de 2004.

III. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 22 de febrero de 2017, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas, con fundamento en las siguientes razones:

Expuso la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Respecto de la jurisprudencia constitucional, dijo que al interpretar tal precepto y referirse al término de asignación, ella no diferencia si corresponde a sueldo o mesada pensional, puesto que el parámetro que sirve de referencia a la prohibición es la asignación con cargo al tesoro público sin distinguir su origen o naturaleza.

Agregó que si bien el pago de una condena por retiro del servicio es a título indemnizatorio se debe reconocer el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

El tribunal concluyó que le asiste derecho a la Caja para solicitar la devolución de las asignaciones de retiro pagadas al demandante, puesto que al ser reintegrado y percibir salarios durante el tiempo que gozó de la prestación de retiro, tal situación implicaría que ostentaba al mismo tiempo la condición de retirado y de empleado de la Policía Nacional, hecho que atentaría contra el derecho a la igualdad de los demás servidores públicos de la institución.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** solicitó que se revoque la sentencia y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, al considerar que el pago ordenado como consecuencia de la nulidad de la decisión de retiro tiene el carácter de indemnizatorio, y por tanto, no se viola el artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

Estima que no debe reintegrar suma alguna puesto que los dineros que recibió corresponden al resarcimiento de un perjuicio por un acto ilegal declarado nulo y tienen el título de indemnización; no así de dinero proveniente de otro empleo público o de otra asignación que provenga del tesoro público.

Dijo que la sentencia que ordenó reintegrar al demandante no manifestó nada en relación a si había lugar a descuento de lo que se hubiera percibido por el ejercicio

de otro empleo público entre el momento del retiro y la efectiva reincorporación a las filas de Policía Nacional.

Adujo que la incompatibilidad legal que nace de la doble erogación con cargo al erario, que sustenta la decisión apelada, está relacionada con el concepto de empleo o cargo público y no el referido a asignaciones de retiro que en todo momento son asimilables al concepto de pensión y que está expresamente exceptuada de la prohibición en los artículos 19 y 20 de la Ley 4ª de 1992.

Indicó que en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de ésta corporación de 29 de enero de 2008, Consejero Ponente Doctor Jesús María Lemus Bustamante se precisó que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta carácter indemnizatorio y constituye una excepción a la prohibición antes advertida.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y demandada allegaron escritos de alegaciones finales, donde reiteraron los argumentos esgrimidos en primera instancia.

Concepto del Ministerio Público: El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en la causa.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

³ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

1.1 Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar si con ocasión de las sentencias que ordenaron el reintegro al servicio es dable descontar los valores percibidos por concepto de asignación de retiro, teniendo en cuenta que al momento de disponerse el restablecimiento del derecho se dijo que no se podía deducir lo que se hubiese percibido por el ejercicio de otro empleo público.

Bajo ese contexto, la Sala se referirá, en su orden, a los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de la asignación de retiro y de las Cajas de Retiro, ii) marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de compatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones pagadas por orden judicial de reintegro al servicio iii) el carácter de esa condena y, iv) el caso concreto.

1.1.1 De la naturaleza jurídica de la asignación de retiro y de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

La asignación de retiro es un derecho prestacional con carácter periódico que surge de una relación laboral administrativa y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, consagrada a favor del personal de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación⁴ se le ha reconocido el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, creada y reglamentada por los Decretos 0417 y 3075 de 1955, 782 de 1956, 2343 de 1971, 2003 de 1984 y 823 de 1995, es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, que se encuentra integrada al sector descentralizado por servicios del orden nacional, a partir de lo regulado por el

⁴ Ver entre otras las sentencias proferidas dentro del expediente 250002342000201306374-01 de 28 de septiembre de 2017, C. P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez y de 7 de marzo de 2013, C.P Doctor Gerardo Arenas Monsalve, referencia 1796-2012.

artículo 38, numeral 2, literal a) de la Ley 489 de 1998.

Según los artículos 5° y 6° del Acuerdo 008 del 19 de octubre de 2001, por el cual se adoptan los estatutos internos de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, su objetivo fundamental es reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes y demás estamentos de la Policía Nacional que adquieran el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios y desarrollar la política y los planes generales que en materia de servicios sociales de bienestar adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal.

De acuerdo con el artículo 3.10 de la Ley 923 de 2004, las Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional son las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes; aspectos absolutamente independientes del reconocimiento de las acreencias laborales causadas con ocasión de la prestación del servicio de los servidores de la entidad, que como empleadora tiene atribuida la Policía Nacional, es decir, las propias de la relación de trabajo.

En este sentido, se recuerda que la Policía Nacional de Colombia es una entidad pública adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, creada mediante la Ley 1000 de 1891, mantenida por el artículo 218 de la Constitución Política de 1991, la Ley 62 de 1993 y el Decreto 1512 de 2000.

Establecida la naturaleza jurídica de las entidades involucradas en la actuación revisada, se tiene que ambos organismos son integrantes del poder público del Estado Colombiano, conforme a la Ley 489 de 1998.

1.1.2. Fundamento normativo de la prohibición de doble erogación con cargo al erario.

Desde la Constitución de 1886 en el artículo 64⁵ y posteriormente en la Constitución Política de 1991, en el artículo 128, se estableció sobre el tema enunciado, lo siguiente:

«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

«Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.»

La anterior disposición constitucional consagra la imposibilidad de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como las pensiones.

Por otro lado, se tiene que el precepto del artículo 128 constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4^a del 18 de mayo 1992⁶, en el que se dispuso:

«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

(...)

«b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

En tal disposición, se señalaron puntualmente los casos en los cuales se permite

⁵ “**Artículo 64.-** Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes.”

⁶ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

recibir de manera simultánea dos asignaciones provenientes del erario, incluyendo entre ellas las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.

En el *sub lite* se debate una situación que no está contemplada en el supuesto de la norma reseñada en cuanto, como se indicó, las sumas que recibió el demandante fueron ordenadas en la sentencia judicial que declaró la nulidad de su retiro y dispuso su reintegro al servicio.

Así, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y el carácter público de los recursos asignados para atender las asignaciones de retiro de los uniformados afiliados a ella, sin que sea relevante que estén incluidos en los rubros del presupuesto nacional, se incurre en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política si el beneficiario de las prestaciones a que está obligada también recibe otra erogación con cargo al presupuesto de entidades oficiales.

1.1.3 Incompatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones recibidos por orden judicial que resultó de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho – carácter de restablecimiento de la condena que ordena el reintegro al servicio.

Para dilucidar esta temática, considerando puntualmente que uno de los elementos del análisis se origina en una orden judicial proferida por el juez contencioso en un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, resulta necesario precisar los alcances de la sentencia emitida en estas condiciones, a efecto de entender, desde el plano jurídico y temporal, la situación de quien es reintegrado como consecuencia de la nulidad del acto que lo retiró del servicio.

Al respecto, es propicio señalar que la nulidad y restablecimiento del derecho⁷, es el mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular que por vía del derecho de acción permite «restablecer», a través de la sentencia, situaciones subjetivas afectadas por el acto ilegal. Por ello, el restablecimiento del derecho por excelencia comprende aquellas órdenes tendientes a retrotraer la condición perdida o desconocida por el acto anulado,

⁷ Hoy medio de control, previsto en el artículo 138 del CPACA.

reintegrando a la persona al cargo ocupado con pago de salarios y prestaciones, sin solución de continuidad, reconociendo el derecho que debió ostentarse en anterior oportunidad, entre otras.

De acuerdo con lo dicho, la orden estimatoria que profiere el juez administrativo dentro de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene efectos *ex tunc*, es decir que su impacto se verifica aún sobre situaciones jurídicas que con el paso del tiempo se consolidaron de determinada forma, para retrotraerlas al estado inicial que en derecho debió corresponder. Así, cuando se ordena un reintegro, para todos los efectos legales la situación administrativa del reintegrado en el tiempo que estuvo cesante se convierte en servicio activo sin solución de continuidad.

Ahora, conforme con los artículos 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 85 del anterior Código Contencioso Administrativo, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**. Así, conforme al sentido literal de las normas, se tiene que una cosa es restablecer el derecho y otra reparar el daño.

En efecto, revisados los sentidos corrientes de los términos anteriores y de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española *'restablecimiento'* designa «*acción y efecto de restablecer o restablecerse*», y *'restablecer'* significa «*volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía*»; *'reparación'* significa «*desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria*»; por su parte, *'indemnización'* significa «*acción y efecto de indemnizar*», e *'indemnizar'* corresponde a la acción de «*resarcir un daño o perjuicio*». De acuerdo con lo expuesto, el sentido corriente de estos términos es similar pero técnicamente comportan diferencias sustanciales.

Así las cosas, se tiene que la consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad dentro del ámbito del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁰ constituye un componente que permite distinguirla de la reparación, última que

⁸ Desde la óptica del derecho procesal, es la sentencia que accede las súplicas de la demanda.

⁹ <http://dle.rae.es>

¹⁰ Antes acción de nulidad y restablecimiento del derecho

impone un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado despedido y que está consagrada como una figura adicional que también puede ser pretendida por quien instaura el medio; sin embargo, tal situación no comporta que una y otra puedan equipararse y decretarse indistintamente.

Para que proceda la reparación consagrada en las normas referidas es necesario que el interesado pruebe la ocurrencia del perjuicio que alega como causa de la reparación pretendida y en este caso, una será la causa de la condena de restablecimiento del derecho, cuyas sumas serán sólo a título de salarios y prestaciones dejados de percibir y otra, la que se reconozca por los perjuicios que se demuestren.

Así, la Sala considera que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración y adicionalmente sean indexadas las sumas que se le deben por ese lapso, está haciendo efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que restablece el derecho.

En el ejemplo indicado no puede ser de otra manera, puesto que la acción indemnizatoria solamente surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la naturaleza del daño imposibilita tal suceso y la única forma de compensar al perjudicado es a través de una retribución monetaria; hipótesis que es distinta en el caso en que como consecuencia de la nulidad del acto de retiro el servidor resulta efectivamente reintegrado sin solución de continuidad.

La Sala debe indicar que en algunas ocasiones la jurisprudencia de ésta Corporación ha determinado que cuando un fallo judicial anula el acto de retiro y ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera apartado del servicio en forma ilegal, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio se reciben a título de indemnización por los perjuicios irrogados por el acto ilegal y por ello, no se transgrede la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público consagrada en el artículo 128 de la

Constitución Política.

En efecto, en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 29 de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 1153-2004, actor: Amparo Mosquera Martínez, se determinó que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio y por ello, las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público se hubiesen recibido durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro, no contraviene el precepto 128 Superior.¹¹

El criterio expuesto fue reiterado por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, en sentencia del 6 de agosto de 2009, expediente 250002325000200503749 01 (1267-2007), actor: Luis Alberto Ramírez Pabón, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y; por la Subsección A de esta Sección, en sentencia de 27 de marzo de 2008, M. P. doctor: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, (8239-2005), actor: Gustavo Rincón Rivera, última providencia en la que se determinó lo siguiente:

«Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando un fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera retirado del servicio en forma ilegal, el pago de salarios y prestaciones dejados de

¹¹ Sobre estos aspectos textualmente indicó: “Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

(...)

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.”.

percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Sin embargo, el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

Por tanto, considera la Sala que no se transgrede la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público consagrada en el artículo 128 de la Constitución, pues se repite la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir corresponden a la indemnización del daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.».

El anterior criterio también fue expuesto por esta Corporación, Sala Ocho Especial de Decisión, Consejera Ponente Dra. María Elizabeth García González, en sentencia de 3 de febrero de 2015, proferida dentro de la radicación número 11001-03-15-000-2003-00169-00(S), al resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto oportunamente contra la sentencia de 4 de julio de 2002, proferida por esta Subsección, mediante la cual se había declarado inhibida para conocer el fondo del asunto, estableciendo lo siguiente:

«También señaló la Jurisprudencia que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro tiene carácter indemnizatorio, es decir, que en estos casos el restablecimiento del derecho se da con la indemnización de los perjuicios que el acto ilegal irrogó y que, por tanto, no se viola el artículo 128 de la Constitución Política, que prohíbe percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

«En consecuencia, al no existir incompatibilidad entre las sumas reconocidas al actor a título de indemnización, esto es, entre los salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la expedición del acto de desvinculación que por ilegal fue posteriormente declarado nulo y la asignación de retiro, la entidad demandada no debió ordenar el descuento de las sumas recibidas a este último título (asignación de retiro) y al hacerlo, tal disposición será declarada nula (...).»

En las referidas sentencias judiciales se consideró que los valores percibidos como consecuencia de la anulación de los actos de retiro, que se tasan con fundamento en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió, tenían el carácter indemnizatorio y por ello no se incurría en la prohibición constitucional.

Pese a lo indicado, la Sala considera necesario indicar que no en todos los casos la condena que resulta de un juicio de nulidad y restablecimiento se impone a título de indemnización, pues ella tiene ese carácter cuando materialmente no es posible volver las cosas a su estado anterior.

En efecto, conforme se determinó en la referida sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 1153-2004, la orden de los descuentos por el período comprendido entre la remoción y el reintegro exige una adecuada y rigurosa valoración probatoria por parte del juez, de acuerdo con las especificidades de cada caso particular con base en los criterios de razonabilidad y equidad.

Con el propósito de determinar el título de la condena que se impone en los casos de retiro (indemnización o restablecimiento del derecho), se trae, por pertinente, el ejemplo de un retirado por facultad discrecional que al momento de esa decisión no reunía el tiempo necesario para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro, quien posteriormente es reincorporado al servicio con ocasión de la declaración de nulidad de la decisión de retiro y se le tiene como servido todo el tiempo que estuvo desvinculado. Así, con el tiempo reconocido reúne el requisito necesario para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro, de manera que en este caso esa condena tiene el carácter de restablecimiento del derecho no de indemnización, pues materialmente las cosas retornaron a su estado anterior.

En consecuencia, los derechos que se reconocen en estos casos y que se concretan en el pago del conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio, se disponen en calidad de restablecimiento del derecho, no a título indemnizatorio.

Para ejemplificar un caso diferente, se expone la situación que se presenta cuando a través de sentencia judicial se ordena el reintegro de una persona a un empleo que al momento de cumplirse el fallo ya no existe, de manera que la reincorporación al servicio se torna imposible. En este evento se reconoce una indemnización como compensación por el acto ilegal, pues no es posible concretar el propósito del restablecimiento del derecho que es volver la situación

al estado anterior antes de la expedición de acto que se anuló.

La Sala observa que las pretensiones de la demanda se sustentan en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno 1153-2004, reseñada en consideración anterior, providencia en la que se estableció que si durante el lapso en que el servidor público estuvo retirado del servicio desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado, este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público; sin embargo; como se viene planteando, la situación que aquí se analiza es diferente a la estudiada en la referida sentencia, por las siguientes razones:

1. En la sentencia de Sala Plena referida, la Corporación decidió la nulidad del acto de retiro por supresión del cargo de una servidora de carrera de la Contraloría General de República y dispuso que no se le descontaran las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro.
2. En esa ocasión se determinó la compatibilidad frente al sueldo ordenado en la sentencia judicial a título de restablecimiento del derecho y los sueldos que se hubiesen percibido por otra vinculación laboral, escenario en el que se desarrollaron relaciones entre entidad empleadora y servidor beneficiario; a diferencia de lo que aquí ocurre, en donde se verifica la incompatibilidad entre sueldo y asignación de retiro, donde concurren la entidad empleadora y la caja de retiro.
3. Así las cosas, resulta necesario precisar que los conceptos de asignación de retiro y salario pues son diferentes. En efecto, el primero goza de una naturaleza prestacional que tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que obedece a la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares, susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad del Sistema General de Seguridad Social; mientras que

el segundo, es toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, conforme lo ha definido la jurisprudencia de ésta Corporación¹².

4. Como se indicó anteriormente, la Constitución Política establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la incompatibilidad de salarios y pensiones, reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico.

5. Resulta preciso indicar que, analizadas las especificidades de este caso particular, al retrotraer la situación al estado anterior en orden a concretar el restablecimiento del derecho pretendido, se tiene que en el hipotético caso en que se anulara el acto acusado por medio del cual se revocó el reconocimiento de la asignación de retiro, el demandante recobraría la condición de activo y habría ostentado la calidad de activo y de retirado al mismo tiempo.

6. Finalmente, también es necesario tener en cuenta que en un eventual caso en que se acogieran las pretensiones de la demanda, la sentencia conllevaría efectos posteriores, esto es, la permanencia de un *stato quo* que le permitiría al demandante en un mismo lapso de tiempo percibir sueldo y asignación.

1.1.5. Análisis del caso concreto.

Atendiendo lo antes expuesto, se revisará la situación fáctica del demandante frente a la normatividad y jurisprudencia referidas.

La Sala observa que el demandante, en condición de Sargento Segundo de la Policía Nacional, fue retirado del servicio por facultad llamamiento a calificar servicios, mediante la Resolución 2627 del 22 de julio de 2005, proferida por el Director General de la Policía Nacional¹³.

¹² Ver, entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés de 9 de febrero de 2017.

¹³ Folio 41.

También se estableció que mediante la Resolución 6732 del 28 de octubre de 2005, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconoció asignación mensual de retiro al demandante, a partir del 2 de noviembre de 2005¹⁴.

El accionante demandó el acto de retiro, ante esta jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, obteniendo su nulidad mediante la sentencia del 16 de marzo de 2010, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Pasto y confirmada mediante fallo del 28 de enero de 2011¹⁵ por el Tribunal Administrativo de Nariño¹⁶.

A título de restablecimiento, se condenó a la Policía Nacional a reintegrar al accionante al mismo cargo o a otro de igual categoría, sin solución de continuidad y al pago de todos los salarios y prestaciones sociales causados por la desvinculación.

La Policía Nacional, en cumplimiento de las referidas sentencias, expidió la Resolución 2111 del 15 de junio de 2011, para reintegrar al actor, y la Resolución 1497 del 21 de noviembre del mismo año por la cual dispuso el reconocimiento de los salarios y prestaciones al demandante desde noviembre de 2005 hasta junio de 2011.

Enterada de la orden de reintegro, que comprendió el reconocimiento de salarios por más de 5 años debidamente actualizados, CASUR expidió la Resolución 6953 del 27 de septiembre de 2011, a través de la cual revocó la Resolución 6732 del 28 de octubre de 2005, mediante la cual había reconocido asignación de retiro al demandante.

En el referido acto, la entidad expuso las razones de su decisión, indicando que siendo que le había reconocido asignación de retiro y que la orden judicial de reintegro al servicio activo se dispuso sin solución de continuidad, el agente no podía devengar salario como miembro activo de la Policía y simultáneamente cobrar asignación mensual de retiro por el mismo tiempo, circunstancia que configuraría una flagrante violación al artículo 128 superior.

¹⁴ Folio 37.

¹⁵ Folios 44 a 54.

¹⁶ Folios 55 a 82.

Con fundamento en la situación expuesta, la demandada ordenó el descuento de \$68.109.302.76, suma que corresponde a la prestación que pagó al demandante entre el 2 de noviembre de 2005 y el 30 de agosto de 2011.

La Sala observa que el ente previsional no fue parte dentro del proceso que determinó el reintegro del servicio y que en esa oportunidad no se discutió la asignación de retiro que reconoció al demandante, de manera que ante el desaparecimiento del fundamento de hecho de la decisión, es decir, de la condición de retirado del demandante, conforme a su objeto misional, la entidad demandada revocó el reconocimiento.

Si bien el criterio de sostenibilidad no es aplicable por las autoridades judiciales en el análisis de casos contenciosos concretos, pues las consecuencias sobre la sostenibilidad del sistema derivadas del costo de las distintas prestaciones han sido advertidas y calculadas previamente por los competentes para planear y ordenar el gasto público, es decir, el ejecutivo y el legislador, sí resulta necesario tener en cuenta el impacto de las decisiones que comprometen el patrimonio de las cajas de previsión, pues es posible que se pongan en riesgo los derechos fundamentales de sus afiliados y se ocasionen erogaciones al tesoro público a causa de las indemnizaciones y pagos improcedentes que, en últimas se convierten en una mayor carga impositiva para cada uno de los ciudadanos.

En este sentido, se recuerda que CASUR está obligada a proteger los recursos que administra, pues esos emolumentos están destinados a la seguridad social y por ello, tienen carácter de contribución parafiscal con destinación específica que pertenece al Estado, es decir, se trata de recursos públicos, ya sea que provengan de aportes directos de los servidores, de los empleadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema.

En el caso estudiado, tal obligación cobra mayor importancia debido a que el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consagra un régimen prestacional especial, conformado por un conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie de prestaciones a favor de los servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con mejores condiciones que permiten acceder a un régimen pensional más benéfico

en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un riesgo latente, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política.

Ahora, atendiendo criterios de razonabilidad y equidad, fijados en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, la Sala observa que la Policía Nacional reconoció al demandante salarios y prestaciones desde noviembre de 2005 hasta junio de 2011, pago que equivale a más de cinco (5) años de salarios y prestaciones, debidamente actualizados.

La Sala evidenció que el demandante percibió asignación de retiro a cargo de CASUR porque reunió los requisitos para ser beneficiario de la prestación y que le fueron pagadas las sumas que por concepto de restablecimiento del derecho se reconocieron en las sentencias judiciales que anularon la decisión de retiro y ordenaron su reincorporación al servicio, respecto de las cuales se concluye que no pierden el carácter de salario, de manera que resultan incompatibles con las sumas que percibió por concepto de asignación de retiro.

En el caso estudiado aplica la incompatibilidad constitucional de percibir más de una erogación del erario porque la situación descrita, es decir, el pago por concepto de una orden judicial no configura una excepción a la referida prohibición.

La Sala precisa que en el caso estudiado no se trata de una doble asignación a título de salarios por varias vinculaciones laborales sino de sueldos y de asignación de retiro, pagada esta última por un ente previsional que está sujeta en su actuación a ley y a la Constitución Política, de manera que debe dispensar un manejo adecuado a los recursos que administra, en orden a mantener la sostenibilidad del sistema.

Así, atendiendo a las diferentes naturalezas jurídicas de las relaciones que ostentó el demandante, la primera laboral con la Policía Nacional y la segunda, la de retirado con asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la

Policía Nacional, la Sala considera que al recuperar la situación administrativa de servicio activo por restablecerse su derecho, no resultaba posible que el demandante también percibiera asignación de retiro porque por ese lapso de tiempo fue retribuido con los salarios y prestaciones que se le reconocieron en las sentencias judiciales que ordenaron el reintegro.

Además, es necesario tener en cuenta que al concretarse el reintegro se restableció la condición inicial del demandante, es decir, la que ostentaba antes del acto de retiro. En consecuencia, la declaración de nulidad del acto administrativo retrotrajo las cosas a su estado anterior, máxime cuando el reintegro se dispuso sin solución de continuidad, de manera que se tiene como si el actor nunca se hubiera separado del servicio, razón por la cual las sumas que recibió por concepto restablecimiento del derecho y las que percibió por asignación de retiro devienen en incompatibles.

Así, en este caso se observa que el demandante obtuvo en sede judicial la anulación del acto que lo retiró del servicio y el reconocimiento de pago de salarios y prestaciones. Así, a manera de restablecimiento le fueron reconocidos de forma retroactiva los emolumentos y prestaciones dejadas de percibir y el reintegro efectivo al servicio sin solución de continuidad, de donde se tiene la situación se retrotrajo hasta antes de la expedición de la decisión, como si ella no hubiere existido, de forma tal que el tiempo que estuvo desvinculado se le tuvo como efectivamente prestado para todos los efectos, incluso para computar el tiempo necesario para el reconocimiento y determinación de una cuantía superior de su asignación de retiro.

En las condiciones anotadas, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano norma general, ni especial que consagre la posibilidad de que una misma persona ostente, al mismo tiempo, la calidad de retirado y en servicio activo, de manera que pueda beneficiarse de dobles emolumentos a cargo del tesoro público.

En conclusión, tal como esta Sala lo pronunció recientemente¹⁷, las sumas que percibió el demandante por concepto de asignación de retiro se tornaron en incompatibles con el pago que recibió como restablecimiento del derecho por la

¹⁷ Sentencia del 3 de mayo de 2018, exp. 0727-2016 y 2094-2017, con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez.

anulación de la decisión de retiro del servicio y por eso no pueden acogerse las pretensiones de la demanda, imponiéndose los argumentos del *a quo* en el fallo apelado, razón por la cual se confirmará sin consideración adicional.

Decisión de segunda instancia.

Por las razones que anteceden, la Sala CONFIRMARÁ la decisión desestimatoria de las pretensiones, dejando claridad que la suma que CASUR le ordenó reembolsar al demandante y que asciende a \$68.109.302.76 a través de la Resolución 6953 del 27 de septiembre de 2011, ya fue descontado del monto de la condena que le pagó el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de la Resolución 1497 del 21 de noviembre de 2011¹⁸, razón por la cual esta sentencia no implica erogación actual en contra del actor.

Finalmente, la Sala reconocerá a la doctora **Geisel Rodgers Pomares** como apoderada de la demandada CASUR en los términos y para los efectos del poder que le ha sido encomendado visible a folio 288 de la actuación.

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección B Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 22 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión del Sistema Escrito, que **NEGÓ** las pretensiones de la demanda incoada por Wilson Ovidio Díaz Gálvez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Reconocer personería al doctor **Geisel Rodgers Pomares** como apoderada de la demandada CASUR en los términos y para los efectos del poder que le ha sido encomendado.

¹⁸ Artículo 1º, literal a), folios 23 a 31.

Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS