



Función Pública

Sentencia 2018-00482 de 2020 Consejo de Estado

NATURALEZA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / SALARIO / PROHIBICIÓN DE RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN DEL ERARIO / REINTEGRO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

[L]os conceptos de asignación de retiro y salario son diferentes, pues mientras que 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; 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 Corporación. [...] [L]a Constitución Política ha establecido 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. [...] [L]a 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. [...] [L]a 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 demandante 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 son incompatibles. [...] [L]as 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 anulación de la decisión de retiro del servicio

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 128 / CP - ARTÍCULO 218 / LEY 4 DE 1992 - ARTÍCULO 19 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 38 NUMERAL 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C. dos (2) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2018-00482-01(4822-19)

Actor: HERIBERTO CARDOZO CORTÉS

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Referencia: ESTABLECER SI CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA QUE ORDENÓ EL REINTEGRO AL SERVICIO ES DABLE DESCONTAR LOS VALORES PERCIBIDOS POR CONCEPTO DE ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 31 de enero de 2020¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio de la cual negó las pretensiones del señor Heriberto Cardozo Cortés.

I.ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Heriberto Cardozo Cortés, obrando en causa propia, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Ley 1437 de 2011- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 4127 de 17 de julio de 2017 por medio de la cual el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (i) le reconoció y ordenó el pago de su asignación de retiro; (ii) descontó de la prestación reconocida la suma de \$179.729.436 por concepto de asignación de retiro causada entre el 6 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2015; y,

(iii) lo declaró deudor del tesoro público en el evento de que no fueran devueltos los valores cancelados por concepto de asignación mensual de retiro; y, la Resolución 5101 de 4 de septiembre de 2017, suscrita por la misma autoridad administrativa, que confirmó en su integridad el anterior acto administrativo al conocer del recurso de reposición.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) no reintegrar al presupuesto de la entidad lo percibido por concepto de asignación de retiro entre el 6 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2010; (ii) ordenar la devolución de cualquier suma que le haya sido descontada por cualquiera de las formas allí establecidas; (iii) pagar por concepto de perjuicios morales la suma de 100 salarios mínimos mensuales vigentes; y, (iv) dar aplicación a la sentencia a lo dispuesto en los artículos 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen integral de la situación fáctica del demandante, así:

El señor Heriberto Cardozo Cortés ingresó a la Policía Nacional el 18 de enero de 1993 en la Escuela de Cadetes “General Santander” y fue retirado por disposición del Gobierno Nacional, a través del Decreto No. 04859 de 21 de junio de 2008, bajo la causal de llamamiento a calificar servicios.

Inconforme con tal determinación, el demandante interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional- que fue de conocimiento por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, quien resolvió declarar la nulidad del acto y, en consecuencia, ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde su retiro hasta la fecha en que se produjera el reintegro; providencia que quedó ejecutoriada el 18 de diciembre de 2013.

Mientras se adelantó el citado proceso judicial la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció la asignación de retiro con efectividad a partir del 6 de abril de 2010.

El Ministro de Defensa profirió la Resolución 7997 de 9 de septiembre de 2015, por medio de la cual ordenó su reintegro y el pago de las sumas de dinero dejadas de cancelar, por tal motivo, el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ordenó, mediante Resolución 4724 de 2016 extinguir la asignación de retiro que le había sido reconocida y, con posterioridad, a través de la Resolución 4127 de 17 de julio de 2017 le reconoció y ordenó el pago de su asignación de retiro y descontó de la prestación reconocida la suma de \$179.729.436 por concepto de asignación de retiro causada entre el 6 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2015.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política, artículos 1, 2, 3, 4, 6, 11, 13, 21, 23, 25, 28, 29, 31, 34, 42, 44, 48, 53, 83, 85, 90, 95, 209, 216, 218, 220, 228, 229, 230; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo artículos, 1, 3, 37, 42, 44, 137, 138, 164; Leyes 446 de 1998, artículos 30 y 31; 640 de 2001, artículos 19 y 23; y, 1285 de 2009, artículo 13.

Como concepto de violación de la norma invocada, manifestó que los actos demandados están afectados por las razones que se pasan a exponer:

Existió extralimitación de las funciones del Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al momento en que no se tuvo en cuenta que, mediante sentencia proferida por autoridad judicial, condenó a la Policía Nacional para que le fueran pagada una determinada suma de dinero por concepto de indemnización, quiere decir entonces, que no se le puede descontar lo que había percibido por concepto de asignación de retiro.

En tal virtud, se desconoció lo preceptuado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya que ha sido pacífica la posición, según la cual, el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, pues en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios causados por el acto ilegal. Además, “(...) adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que ésta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración (...)”.

1.3 Contestación de la demanda.

La Caja de Sueldos de la Policía Nacional, a través de su apoderado, solicitó negar las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos³:

No se puede pretender usar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como tercera instancia para solicitar que no se realicen descuentos de sumas canceladas en cumplimiento de providencia judicial, dado que si el actor consideró que no se le debía descontar suma alguna, debió adelantar el proceso ejecutivo en contra de quien presuntamente incumplió con lo ordenado.

Formuló las siguientes excepciones: (i) inexistencia del derecho, en razón a que no es procedente que una persona perciba dos emolumentos del erario público al mismo tiempo por el mismo concepto, concretamente, uno como servicio activo y otro como retirado por la misma actividad; y, (ii) falta de fundamento jurídico para las pretensiones, ya que no existe sustento jurídico que establezca o determine que le asiste razón al demandante.

1.4. La sentencia apelada⁴.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, mediante sentencia de 3 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Si bien el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, en concordancia con el artículo 128 de la Constitución política, señaló que una remuneración proveniente del tesoro público es compatible con las percibidas por el tesoro con la asignación de retiro «*postura que fue reiterada por el Consejo de Estado en pronunciamiento de 29 de enero de 2018*»⁵, también lo es que los valores pagados por concepto del reintegro al servicio activo del demandante no tienen esa naturaleza, en atención a que fueron pagados en virtud de una orden judicial y, en tal sentido, se aplica la incompatibilidad constitucional de percibir más de una erogación del erario público.

Aunado a lo anterior, entre el 6 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2015 el demandante inicialmente tuvo la condición de retirado y, por ende, mediante Resoluciones 2023 de 20 de abril de 2010 y 11173 de 1º de diciembre de 2014 la Caja de Sueldos de la Policía Nacional le reconoció asignación de retiro, sin embargo al ordenarse por vía judicial el reintegro al servicio activo sin solución de continuidad, así como también el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde su retiro hasta su ingreso de efectivo, se evidencia que para el mismo periodo, el demandante tuvo una doble condición, la de retirado y activo, que lo imposibilita para devengar una doble asignación del tesoro público.

1.5 El recurso de apelación.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional interpuso recurso de apelación con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación⁶:

Indicó estar inconforme con la providencia impugnada por diversos aspectos, a saber: (i) asignación de retiro es asimilable a una pensión de vejez y o jubilación; (ii) los pagos de buena fe realizados a particulares con ocasión de un reconocimiento pensional pueden y deben ser devueltos cuando su reconocimiento fue ilegal o en acatamiento a un fallo judicial, lo cual no sucede en el caso en concreto; y, (iii) los dineros que debía cancelar la policía nacional en cumplimiento del fallo judicial, el cual ordenó el reintegro al servicio activo, son a título de indemnización.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con el argumento que obra en el recurso de apelación, establece la Sala como problema jurídico el siguiente:

Determinar si con ocasión de la sentencia que ordenó el reintegro al servicio es dable descontar los valores percibidos por concepto de asignación de retiro, máxime cuando al momento en que se dispuso el restablecimiento del derecho no se estableció que no era dable descontar suma alguna por este concepto.

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.

i) 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 Corporación⁷ se le ha reconocido el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

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

Según los artículos 5º y 6º 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 Cajas 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.

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

Desde la Constitución de 1886 en el artículo 64⁸ 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 estableció 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.

Se debe tener en cuenta que el artículo 128 constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª del 18 de mayo 1992⁹, el cual 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 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, por cuanto 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, motivo por el cual es necesario establecer su incompatibilidad.

iii) Incompatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones recibidos por orden judicial.

Para dilucidar esta temática, resulta necesario precisar los alcances de la sentencia, 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 derecho¹⁰, 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, 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 estimatoria¹¹ 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 Española¹² ‘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 derecho¹³ constituye un componente que permite distinguirla de la reparación, última que 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 «*Consejero Ponente 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 Superior¹⁴.

El anterior criterio fue reiterado por la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencias del 6 de agosto de 2009¹⁵ y 27 de marzo de 2008¹⁶, en la cual 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 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 señalar 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 2008¹⁷, 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.

Sin embargo, es necesario precisar que los conceptos de asignación de retiro y salario son diferentes, pues mientras que 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; 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 Corporación¹⁸.

Como se indicó anteriormente, la Constitución Política ha establecido 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.

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.

iv) Del caso en concreto.

En el *sub-lite* el demandante pretende que le sea devueltos los dineros que le fueron descontados por concepto de asignación de retiro al momento en que el Ministerio de Defensa – Policía Nacional dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, a través de la cual ordenó su reintegro y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante todo el tiempo en que estuvo desvinculado; sin embargo, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional expresó que dentro de la citada providencia no se prohibió descontar suma alguna.

Con miras a resolver el punto objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones generales:

a) La Sala observa que el demandante, en condición de Mayor de la Policía Nacional, fue retirado del servicio por “llamamiento a calificar servicios” por disposición del Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2009, razón por la que instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional la cual fue de conocimiento por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, quien resolvió declarar la nulidad del acto y, en consecuencia, ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir¹⁹.

b) Mientras tanto, el Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia de 26 de marzo de 2010 amparó en forma transitoria los derechos fundamentales²⁰ del señor Heriberto Cardozo Cortés y ordenó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento de la asignación de retiro hasta tanto se definiera por el juez natural el reconocimiento de la misma²¹. En tal virtud, por medio de la Resolución 2023 de 20 de abril de 2010, la mencionada autoridad administrativa reconoció como mecanismo transitorio la asignación de retiro con efectividad a partir del 6 de abril de 2010²², sin embargo, a través de la Resolución 11173 de 1º de diciembre de 2014 adicionó el anterior acto administrativo en el sentido de reconocer la prestación de manera definitiva desde el 6 de abril de 2010²³.

c) El 9 de septiembre de 2015 el Ministro de Defensa dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta; en consecuencia, ordenó el reintegro del señor Heriberto Cardozo Cortés y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando fuera reintegrado²⁴.

d) En virtud de lo anterior, el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ordenó, por medio de la Resolución 4724 de 2016, revocar el acto administrativo a través de la cual se le había ordenado el pago de la asignación de retiro y, con posterioridad, mediante Resolución 4127 de 17 de julio de 2017²⁵ ordenó el pago de su asignación de retiro y descontó de la prestación reconocida la suma de \$179.729.436 por concepto de asignación de retiro causada entre el 6 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2015²⁶.

Pues bien, la Sala observa que el ente previsional no fue parte dentro del proceso que determinó el reintegro del servicio del demandante y, además, que en esa oportunidad no se discutió la asignación de retiro que se le había reconocido, 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 la Caja de Sueldos de Retiro 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 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, porcentajes o 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 el 24 de enero de 2009, fecha en que fue retirado del servicio.

La Sala evidenció que el demandante percibió asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional 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.

Además, es necesario tener en cuenta que al momento de proferir la sentencia que anuló la decisión de retiro, el Juzgado Segundo Administrativo de del Circuito de Santa Marta no tenía conocimiento que al demandante se le había reconocido asignación de retiro.

La Sala precisa que 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, una vez que se ha tenido en cuenta 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. En otras palabras, 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 demandante nunca se hubiera separado del servicio, razón por la cual las sumas que recibió por concepto de restablecimiento del derecho y las que percibió por asignación de retiro son incompatibles.

Se insiste, el demandante obtuvo en sede judicial la anulación del acto que lo retiró del servicio y el reconocimiento de pago de salarios y prestaciones, de manera que fue restablecido su derecho de forma retroactiva dado que le fueron pagados los emolumentos y prestaciones dejados 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 conclusión, 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 anulación de la decisión de retiro del servicio y por eso no pueden acogerse las pretensiones de la demanda, razón por la que se debe confirmar la sentencia del *a-quo*.

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

FALLA

CONFIRMAR sentencia de 3 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio de la cual negó las pretensiones del señor Heriberto Cardozo Cortés, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Informe visible a folio 224.

2. Demanda visible a folios 82 a 93 del expediente.

3. Visible a folios 104 a 108 del expediente.

4. Visible a folios 161 a 170 del expediente.

5. CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 29 de enero de 2008, radicado: 2000-02046, M. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

6. Visible a folios 176 a 190 del expediente.

7. 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.

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

9. 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.

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

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

12. <http://dle.rae.es>

13. Antes acción de nulidad y restablecimiento del derecho

14. 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 gramoro 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.”.

15. Consejo de Estado, expediente 250002325000200503749 01 (1267-2007), actor: Luis Alberto Ramírez Pabón, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

16. Consejo de Estado, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, (8239-2005), actor: Gustavo Rincón Rivera

17. Consejo de Estado, radicado interno No. 1153-2004, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

18. 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.

19. Visible a folios 16 a 26 del expediente.

20. Dignidad, mínimo vital, seguridad social en salud y núcleo familiar.

21. Visible a folios 18 a 28 del expediente.

22. Visible a folios 52 a 54 del expediente.

23. Disco Compacto visible a folio 106.

24. Ibídem.

25. Ibídem.

26. Visible a folios 4 y 5 del expediente.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:45