



Sentencia 2016-00172 de 2020 Consejo de Estado

ASIGNACIÓN DE RETIRO / PROHIBICIÓN DE RECIBIR DOBLE EROGACIÓN DEL TESORO PÚBLICO - EXCEPCIONES / INCOMPATIBILIDAD ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN DE INVALIDEZ

En el artículo 128 de la Constitución Política de 1991 [...] [E]stableció la prohibición de desempeñar más de un empleo público, así como la de percibir más de una asignación, entendida como salario, mesada pensional, bonificación etc, que provenga del Tesoro Público. Tal limitación incluye lo que pueda recibirse por desempeñar diversos empleos públicos y también cuando la remuneración proviene de una sola fuente, como es el caso de las pensiones. [...] [S]e exceptúan las asignaciones que perciba el personal de la Policía Nacional por asignación de retiro. Sin embargo, ello no significa que tal salvedad sea absoluta. [...] [L]a excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional y 19 de la Ley 4 de 1992 para los miembros de las fuerzas militares y de policía solo opera cuando se devenguen salarios en otros empleos públicos después del retiro, las asignaciones que tengan origen en la actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo y, cuando la pensión de jubilación e invalidez provengan de entidades públicas distintas a las castrenses.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 128 / CP - ARTÍCULO 218 // LEY 4 DE 1992 - ARTÍCULO 19 / DECRETO 4433 DE 2004 - ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 20001-23-39-000-2016-00172-01(0909-18)

Actor: JAVIER ENRIQUE RIVERA JIMÉNEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Referencia: INCOMPATIBILIDAD ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN DE INVALIDEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cesar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado, el señor Javier Enrique Rivera Jiménez formuló demanda para que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

i) Resolución 0987 del 13 de julio de 2015, proferida por la subdirectora general de la Policía Nacional, mediante la cual se dispuso que del retroactivo de las mesadas pensionales reconocidas se debe reintegrar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la suma de \$102.160.353, correspondientes a la asignación de retiro pagada en el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015.

ii) Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015, artículos 2.º y 4.º, emitida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en los que se ordenó el descuento de la suma antedicha.

iii) Oficio 3753/gag sdp del 24 de marzo de 2015, a través del cual el director de la entidad mencionada en el numeral anterior, solicitó al jefe del grupo de pensionados de la Policía Nacional descontar el valor de \$102.160.353 en una sola cuota y con destino al presupuesto de la Caja de Retiro de la Policía Nacional.

iv) Oficio 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015, a través del cual se negó la devolución del dinero descontado por parte de la Policía Nacional y en favor de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad a reintegrar en favor del demandante la suma de \$102.160.353 que fue descontada de su asignación de retiro por parte de la Policía nacional y girados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2008 al 30 de enero de 2015 indexados y con los respectivos intereses legales y moratorios.

También solicitó ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del cpaca.

1.1.2. Hechos

El señor Javier Enrique Rivera Martínez fundamentó las pretensiones en los siguientes hechos:

- i) Fue retirado del servicio de la Policía Nacional después de cumplir un tiempo de servicio de 18 años, 3 meses y 15 días y por presentar deterioro en su estado de salud.
- ii) A través de la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 se le reconoció la asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
- iii) Solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez derivada de varias lesiones que había sufrido. La Policía Nacional mediante la Resolución 00987 del 13 de julio de 2015 reconoció la prestación social a partir de la terminación de los tres meses de alta, el 28 de junio de 2008.
- iv) La resolución mencionada en el numeral anterior, en el artículo 1.º párrafo único, ordenó que del retroactivo que se debía por las mesadas pensionales debía reintegrarse a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la suma de \$102.160.353 percibidos con ocasión de la asignación de retiro desde el 27 de junio de 2008 hasta el 30 de enero de 2015. Ello lo hizo sin que mediara orden judicial alguna que lo dispusiera y sin sustento legal ni constitucional.
- v) A través del Oficio 3753/gag sdp del 24 de marzo de 2015 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional solicitó al jefe de grupos de pensionados de la Policía Nacional que en el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez descuente la suma referida en el numeral anterior.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron el preámbulo y los artículos 2, 6, 29, 58, 85, 90, 122 y 229 de la Constitución Política; y 136 de la Ley 1437 de 2011.

El apoderado de la demandante fundamentó la vulneración de las normas en los siguientes argumentos:

- i) Los actos enjuiciados infringieron las normas en que deberían fundarse. Las entidades al disponer el reintegro de la suma de \$102.160.353 se fundamentaron en el contenido del artículo 128 de la Constitución Política de 1991, no obstante, que la prohibición que contiene no se aplica en el caso del señor Rivera Martínez, porque el reconocimiento de la asignación de retiro fue legal.
- ii) Falta de competencia: ninguna de las entidades podía ordenar el descuento de la cifra enunciada con antelación (no explicó la razón) y, además, el demandante no autorizó dicho proceder.
- iii) Falsa motivación: se configuró el vicio de nulidad, por cuanto los actos demandados no tienen un sustento constitucional ni legal ni judicial que dispone el reintegro de las mesadas pagadas de la asignación de retiro.
- iv) Desviación de poder: los actos administrativos enjuiciados no se expidieron con el fin de conservar la moralidad administrativa, sino con el propósito de enriquecer ilícitamente a la entidad destinataria. Ello es así, dado que el descuento no se enmarca dentro de las prohibiciones que contiene el artículo 128 de la Carta Política.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

La entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Como sustento de ello manifestó lo siguiente:²

- i) Dentro del proceso se probó que al señor Rivera Jiménez se le reconoció la asignación de retiro a través de la Resolución 02211 del 20 de mayo de 2008 con vigencia fiscal desde el 27 de junio de 2008 y que el mencionado señor, los días 5 de enero y 16 de febrero de 2015, renunció a la prestación social referida, dado que se acogía a la «pensión por sanidad».
- ii) Está demostrado que mediante la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional revocó la Resolución 02211 del 20 de mayo de 2008, lo que fue informado al jefe de grupos de pensionados a través del Oficio 3753/gag sdp del 24 de marzo de 2015. Por tal razón, la entidad solicitó al empleado público referido el descuento de la suma de \$102.160.353 que había percibido el señor Rivera Giménez por concepto de asignación de retiro.

La entidad propuso la excepción de «inexistencia del derecho». Adujo que el artículo 128 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 contiene la prohibición de percibir doble asignación que provenga del tesoro público y dentro de las salvedades que consagra no se encuentra la situación del demandante.

1.2.2. Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

La entidad también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.³

Al igual que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional efectuó un recuento de los acontecimientos que antecedieron a la orden de descontar del retroactivo pensional el valor pagado por concepto de asignación de retiro al demandante. Así, coincidió en que este, a través de peticiones del 5 de enero de 2015 y 16 de febrero de igual año, renunció a dicha prestación social con el fin de ser beneficiario de la pensión de invalidez al presentar una disminución de su capacidad laboral del 78.53%.

De igual manera, señaló que la liquidación de la pensión de invalidez se hizo conforme con lo contemplado en el artículo 2.º del Decreto 1157 de 2014, razón por la que afirmó no es procedente su reliquidación.

La entidad formuló las siguientes excepciones:

- i) Falta de legitimación en la causa por pasiva: la entidad actuó en cumplimiento de la una disposición emitida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que goza de legalidad.
- ii) Presunción de legalidad: los actos demandados se expidieron conforme con las normas que así lo autorizan y de acuerdo al régimen especial del demandante.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2017⁴ negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar la decisión expuso los siguientes argumentos:

- i) El Decreto 1211 de 1990 en sus artículos 163 y 175 reguló lo correspondiente a la asignación de retiro y dispuso, en este último, que es incompatible con la pensión de invalidez si se generan en igual tiempo y provienen de idéntica causa, lo que concuerda con lo contemplado en los artículos 128 de la Constitución Política de 1991 y 19 de la Ley 4 de 1992. Igual prohibición se incluyó en los artículos 30 y 36 del Decreto 4433 de 2004. De tener origen en tiempos diferentes sí son compatibles, según lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004.

Por lo anterior, no es posible que el Estado asuma por idéntico riesgo y por igual tiempo de servicio el pago de dos prestaciones sociales. En tal caso, el beneficiario debe elegir la que le sea más favorable, pero no las dos.

- ii) Al señor Rivera Jiménez se le reconoció la asignación de retiro a través de la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 con efectos fiscales desde el 27 de junio de 2008. Con posterioridad, mediante peticiones del 2 de enero y 2 de febrero de 2015, el mencionado señor renunció a la prestación social y solicitó la pensión de invalidez. Casur entonces revocó la resolución citada a través de la Resolución 1891 de 2015 y, luego, la Policía Nacional expidió la Resolución 987 del 15 de julio de 2015 en la que le otorgó la pensión de invalidez también desde el 27 de junio de 2008.

Al ser así, no tiene derecho el demandante a que se le deje de descontar de la pensión de invalidez lo devengado por la asignación de retiro desde el 27 de junio de 2008 hasta el 30 de enero de 2015, dado que ambas prestaciones son incompatibles al ser causadas por igual periodo y causa. Lo contrario atentaría contra el mandato del artículo 128 de la Carta Política que prohíbe recibir doble asignación del tesoro público.

1.4. El recurso de apelación

El señor Javier Enrique Rivera Jiménez interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y pidió que fuera revocada,⁵ con apoyo en las siguientes razones:

- i) El descuento que se hizo de las mesadas pensionales por parte de las entidades demandadas no es procedente y es ilegal, en la medida que no existe norma jurídica ni sentencia judicial que lo ordene. Además, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional debió iniciar las acciones que el ordenamiento jurídico le otorga para recuperar los dineros que estimaba debían ser reintegrados.
- ii) No puede hablarse de un enriquecimiento sin causa al recibir también la pensión de invalidez, dado que la asignación de retiro es un derecho adquirido por el tiempo laborado en la Policía Nacional, previo el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 para su reconocimiento, al cumplir 18 años, 3 meses y 15 días de servicio.

Por ello, no era procedente ordenar el descuento que se hizo de las mesadas pensionales de la pensión de invalidez, puesto que la asignación de retiro se obtuvo con fundamento en la norma citada y el Tribunal debió aplicarla.

- iii) En el presente caso el señor Rivera Jiménez no recibió doble asignación de retiro y así fue demostrado dentro del proceso; no obstante, el *a quo* no lo consideró en la decisión.

- iv) El reconocimiento posterior de la pensión de invalidez no implicaba que el demandante haya dejado de tener derecho a recibir la asignación de retiro. En ese sentido, el descuento que se hizo es arbitrario e ilegal.

Por último, citó varias sentencias del Tribunal Administrativo del Cesar en las que, a su juicio, en casos idénticos, declaró la nulidad de los actos

administrativos en los que se había ordenado el descuento que le hicieron a los demandantes y, a la vez, dispuso el reintegro del dinero.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1 Parte demandante.

La parte demandante no se pronunció en esta etapa procesal.⁶

1.5.2. Parte demandada⁷

1.5.2.1. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.⁸

1.5.2.2. Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

En su escrito ratificó la posición expuesta en la contestación de la demanda.⁹

1.6. El Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.¹⁰

2. Consideraciones

2.1. Problemas jurídicos.

La Sala debe dilucidar en el presente caso si procedía efectuar el descuento del valor que percibió el demandante por concepto de asignación de retiro en el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015 del retroactivo de las mesadas pensionales de invalidez que se reconoció con posterioridad.

2.1.1. Marco normativo y jurisprudencial

2.1.1.1. La asignación de retiro de los agentes de la Policía Nacional.

La asignación de retiro es una prestación social periódica y vitalicia establecida en favor de los miembros de la fuerza pública que se retiran o son retirados del servicio activo y cuyo propósito es satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En términos generales, se asimila a la pensión de vejez contenida en la Ley 100 de 1993 para los demás trabajadores civiles del Estado¹¹, dado que con ella se cubre un riesgo igual al de esta.¹²

La Constitución Política de 1991 dispuso que las prestaciones sociales de los miembros de la fuerza pública deben tener un régimen especial por las excepcionales funciones que desempeñan. Esta prerrogativa permitió su exclusión del régimen de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, tal como lo indica el artículo 279 *ibidem*. Al ser así, constituye un derecho fundamental irrenunciable, en los términos de los artículos 48 y 53 de la Carta Política.

La asignación de retiro de los agentes de la Policía Nacional fue regulada por el Decreto 1213 de 1990 «por la cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional». En el artículo 104 de tal disposición en relación con la asignación de retiro se preceptuó lo siguiente:

Artículo 104. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicológica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

En vigencia de la norma citada, los agentes de la Policía Nacional tienen derecho al reconocimiento de la asignación de retiro si i) completan 15 años de servicio y su retiro se produzca por disposición de la dirección general de la entidad, por sobrepasar la edad máxima correspondiente a

su categoría, por mala conducta probada, disminución de la capacidad sicofísica o por inasistencia al servicio y ii) se retiran por voluntad propia después de cumplir 20 años de servicios.

Con posterioridad y, en vigencia del nuevo marco constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 180 de 1995¹³ a través de la cual creó el nivel ejecutivo en la Policía Nacional. En virtud de ello, el gobierno nacional profirió el Decreto 1091 de 1995,¹⁴ norma que, entre otros asuntos, fijó en el artículo 51 los requisitos para obtener la asignación de retiro de estos miembros de la fuerza pública. No obstante, la norma fue declarada nula por parte del Consejo de Estado en el año 2007 bajo el argumento de que el presidente de la República no estaba facultado para cambiar el régimen prestacional de tales servidores públicos al ser un asunto con reserva de ley.¹⁵

De igual manera, el presidente de la República emitió el Decreto 262 de 1994 «por el cual se modifica las normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones». Dicha decreto, en el artículo 47, derogó el Decreto 1213 de 1990 salvo, entre otros títulos, el «v» que regula lo relacionado con las prestaciones sociales, incluida la asignación de retiro contemplada en el artículo 104.¹⁶ Por tanto, la prestación social continuó regulada por esta última disposición.

Con posterioridad, se expidió el Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000, norma que derogó el Decreto 262 de 1994, pero dejó vigente lo regulado en su artículo 104 al señalar en el artículo 95 lo siguiente:

Artículo 95. Vigencia. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 440 de 2001. Aparte tachado inexequible. El nuevo texto es el siguiente:> El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, V, y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990, 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias. (Negrilla de la Sala).

De esta manera, las normas sobre prestaciones sociales establecidas en el título «v» del Decreto 1213 de 1990, dentro de las que se encuentran las relacionadas con la asignación de retiro (artículo 104) no fueron derogadas ni por el Decreto 262 de 1994 ni por el 1791 de 2000. En consecuencia, para dicha época dicha normativa continuaba vigente y definía la asignación de retiro de los agentes de la Policía Nacional.

Más adelante, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004¹⁷ en la que reguló los objetivos y criterios que debe tener en cuenta el gobierno nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional.

La norma la desarrolló el Presidente de la República al expedir el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004¹⁸ en el que estableció los requisitos a cumplir para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales y los agentes de la Policía Nacional.

Así, en el artículo 24 dispuso que tendrían derecho quienes, al ser retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, tengan 18 años de servicio. También los que se retiren o sean retirados por separación absoluta con más de 20 años de servicio.

De esta manera, la asignación de retiro fue regulada como una prestación social diferenciada en favor de los miembros de la Policía Nacional con la finalidad de, por un lado, recompensar el riesgo al que han sometido su vida durante la prestación del servicio¹⁹ y, por el otro, de protegerlos una vez retirados del servicio para que tengan una vida en condiciones dignas, lo que la equipara a la pensión de vejez del régimen general de seguridad social.²⁰

2.1.1.2. La pensión de invalidez de los agentes de la Policía Nacional.

El régimen exceptuado aplicable a los servidores de la Policía Nacional previó la pensión de invalidez como una prestación dirigida a solventar las necesidades básicas de sus miembros que ven reducida la posibilidad de explotar su capacidad productiva en el mercado laboral y, con ello, la de proveerse los medios para su propia subsistencia y la de su núcleo familiar.

En un primer momento, el Decreto 1836 de 1979 en su título noveno reguló lo atinente a dicha prestación social, para lo cual estableció una regulación diferenciada según los diversos cargos desempeñados en dichas instituciones, tal y como se advierte en sus artículos 60, 61, 62 y 63. La prestación establecida respecto de los miembros de cada entidad tenía en común la exigencia de una disminución en la capacidad sicofísica de por lo menos el 75%.

Esta normativa fue tácitamente derogada por el Decreto 94 de 1989, que en sus artículos 89, 90, 91 y 92 incluyó la distinción de acuerdo con la ocupación y la exigencia del porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral antes referido.

El 27 de junio de 1995, fue proferido el Decreto 1091 «Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995», aplicable al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyo artículo 65 previó el reconocimiento de una pensión de invalidez «[...] c) Cuando el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional haya perdido el setenta y cinco por ciento (75%) o más de la capacidad sicofísica [...]».

Igual requisito contempló el Decreto 1796 de 2000,²¹ norma que derogó, también de forma tácita, la anterior reglamentación, salvo por lo dispuesto en el artículo 48 *ibidem* que estableció que el procedimiento y los criterios de calificación de la disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones seguirían regulados por el Decreto 94 de 1989 hasta tanto se expidiera una nueva regulación.²²

Con posterioridad se expidió la Ley 923 de 2004, a través de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios bajo los cuales el gobierno nacional debía fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Esta disposición previó en su artículo 3.º

los elementos mínimos que deberían incluirse para obtener la prestación social, entre los que incluyó que no podía ser la pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%.

El Decreto 4433 de 2004 al desarrollar la norma en comento, fijó los requisitos a considerar para el reconocimiento de la pensión por invalidez en el artículo 30; no obstante, la norma fue declarada nula a través de la sentencia del 28 de febrero de 2013, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la expresión «igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)», contenida en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, pues, con base en lo dispuesto en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, se concluyó que el Gobierno Nacional había excedido la competencia que le fue otorgada para regular la materia al fijar un parámetro distinto del 50%.²³

Bajo estos parámetros, en vigencia de la Ley 923 de 2004, los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho a la pensión de invalidez cuando les sobrevenga una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50% durante el servicio activo. No obstante, aunque la pérdida de capacidad laboral aludida debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, esto no significa que tenga que estructurarse durante él, pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías es posible que la merma de capacidad sicológica aumente con el paso del tiempo.²⁴

Por último, cabe precisar que el gobierno nacional expidió el Decreto Reglamentario 1157 del 2014,²⁵ en el que, en desarrollo de la ley mencionada, se fijaron los requisitos para que los miembros de las fuerzas militares y de policía accedan a la pensión de invalidez. Para ello, contempló en el artículo 2.º que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral debe ser igual o superior al 50%, para acceder al derecho prestacional. La norma rige a partir del 24 de junio de 2014, fecha de su publicación.

2.1.1.3. Incompatibilidad entre la asignación de retiro y la pensión de invalidez de los agentes de la Policía Nacional.

En el artículo 128 de la Constitución Política de 1991 dispone lo siguiente:

Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo 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.

En los términos expuestos se estableció la prohibición de desempeñar más de un empleo público, así como la de percibir más de una asignación, entendida como salario, mesada pensional, bonificación etc,²⁶ que provenga del Tesoro Público. Tal limitación incluye lo que pueda recibirse por desempeñar diversos empleos públicos y también cuando la remuneración proviene de una sola fuente, como es el caso de las pensiones.²⁷

La norma constitucional la desarrolló la Ley 4 de 1992 en los siguientes términos:

Artículo 19. 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:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa.
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con la norma citada, de la prohibición señalada en el artículo 128 de la Carta Política se exceptúan las asignaciones que perciba el personal de la Policía Nacional por asignación de retiro. Sin embargo, ello no significa que tal salvedad sea absoluta, dado que debe ser analizada conforme con las normas sobre compatibilidad sobre prestaciones sociales incluidas en el régimen especial de dichos servidores públicos.

Así, en lo que se refiere a los agentes de la Policía Nacional el Decreto 1213 de 1990 en el artículo 114 establecía lo siguiente.

Artículo 114. Forma de pago de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones policiales se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del beneficiado y son compatibles con los sueldos devengados del desempeño de empleos públicos

incluidos los correspondientes a la actividad policial con movilización o llamamiento colectivo al servicio.

Las asignaciones de retiro y pensiones policiales son incompatibles entre él (sic) y no son reajustables por servicios prestados en entidades de servicio público igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez pero el interesado puede optar por la más favorable.

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

En igual sentido se reguló la compatibilidad entre prestaciones sociales en el Decreto 4433 de 2004, pues en el artículo 36 dispuso lo que a continuación se transcribe:

Artículo 36. Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto, son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable. (Resalta la Sala).

La interpretación que se ha hecho de la norma citada, que coincide con el artículo 144 del Decreto 1213 de 1990, indica que la excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional y 19 de la Ley 4 de 1992 para los miembros de las fuerzas militares y de policía solo opera cuando se devenguen salarios en otros empleos públicos después del retiro, las asignaciones que tengan origen en la actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo y, cuando la pensión de jubilación e invalidez provengan de entidades públicas distintas a las castrenses.

En efecto, sobre el particular esta sección al interpretar el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 precisó lo siguiente:

De lo anterior, es plausible concluir que pese a que las asignaciones de retiro están investidas de la excepción legal de incompatibilidad, aquella no resulta absoluta, pues los emolumentos a cargo del Tesoro que puede ser devengados de manera concomitante, también están regulados y señalados taxativamente, a saber:

- Salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro
- Asignaciones provenientes de actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo al servicio
- Pensión de jubilación e invalidez, provenientes de otras entidades de derecho público.

Ahora, tal compatibilidad fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004. En aquella oportunidad la Corte sostuvo que tal compatibilidad entre pensiones de jubilación o invalidez de entidades de derecho público, implica que estas se causen con tiempos diferentes de servicio, pues «no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto».

Así las cosas, las situaciones en las cuales se presente la concurrencia de la asignación de retiro con cualquier otro emolumento proveniente del erario diferente a las anteriores, se encontrará dentro de la prohibición general y resultará incompatible. De manera inversa, la asignación que devengan los miembros activos de la Fuerza Pública no ha sido incluida dentro de las excepciones legales que admiten su compatibilidad con algún otro pago proveniente del erario.²⁸ (Negrilla fuera del texto original).

En los términos antedichos, solo ante la ocurrencia de una de las tres causas citadas es posible avalar la compatibilidad entre la asignación de retiro con otras asignaciones provenientes del tesoro público. En contraste, no es posible disfrutar dicha prestación social de manera simultánea con otras pensiones militares o de invalidez existentes para el personal de las fuerzas militares. En estos casos, lo que el artículo 36 citada señala es que el interesado puede optar por la que le sea más favorable. En otra providencia en la que analizó el contenido del artículo mencionado se dijo lo siguiente:

De la anterior normatividad transcrita, se infiere sin lugar a dudas, que no se estableció compatibilidad en el disfrute simultáneo de las prestaciones como lo son la asignación de retiro, pensiones militares, de invalidez o de retiro por vejez; sin embargo, le otorga al beneficiario la facultad de optar por la prestación que más le favoreciera.²⁹ (Resalta la Sala).

Precisamente, sobre la incompatibilidad entre la asignación de retiro y las pensiones militares o de invalidez la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 la justificó en la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según lo que a continuación se transcribe:

Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la *incompatibilidad* de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del *régimen especial* de los miembros de la fuerza pública.

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos períodos de tiempo. Por

ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable.³⁰ (Resalta la Sala).

De esta manera, la Corte avaló la compatibilidad de la asignación de retiro con otras pensiones, siempre que estas tengan su origen en la prestación del servicio en otras entidades de derecho público distintas a las militares o policiales, que se cause en tiempo diferente al que sirvió para obtener la asignación de retiro, que provengan de causa diferente y no tengan un objeto idéntico.

Bajo esa línea, es claro que la asignación de retiro y la pensión de invalidez causadas en la prestación del servicio militar o policía dentro de igual tiempo no pueden ser compatibles y solo debe reconocerse en favor del beneficiario la más favorable. Es así, porque ambas se reconocen por causa y razón del servicio prestado y su objeto es igual. En efecto, si bien una tiene su origen en el cumplimiento del tiempo de servicio y la otra por la disminución de la capacidad psicofísica que le impide continuar activo, las dos pretenden garantizar la subsistencia digna del miembro de las fuerzas militares retirado.

2.1.2. Hechos probados

i) A través de la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció en favor del señor Rivera Jiménez la asignación de retiro con fundamento en los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y 4433 de 2004 por haber prestado el servicio por un tiempo de 18 años, 3 meses y 15 días. La cuantía de la prestación era equivalente al 62% «del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables» y ordenó su pago a partir del 27 de junio de 2008.³¹

ii) El señor Rivera Jiménez presentó dos peticiones ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional los días 5 de enero y el 16 de febrero de 2015 en las que solicitó el cese del pago de la asignación de retiro y el reconocimiento de la pensión de invalidez al haber sido calificado por el Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía con una pérdida de la capacidad laboral del 78,53%.³²

iii) La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través de la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015, revocó la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 que otorgó la asignación de retiro en favor del demandante.³³

En la resolución también se solicitó al área de prestaciones sociales de la Policía Nacional que en el acto administrativo que reconozca la pensión de invalidez «ordene descontar en un solo contado con destino al presupuesto de la entidad la suma de (...) \$102.160.353 por concepto de asignación mensual de retiro pagada entre el 27-06-2008 y el 30-01-2015, incluida la mesada adicional y los descuentos de ley».³⁴

Igualmente, en el numeral tercero de la parte resolutive ordenó «Reintegrar al presupuesto de la entidad, la suma de ciento dos millones ciento sesenta mil trescientos cincuenta y tres pesos con cero centavos (\$102.160.353)» por el pago de la asignación de retiro durante el tiempo ya mencionado.

La entidad expidió el acto administrativo mencionado en virtud del contenido del artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 que dispone que las pensiones de invalidez y la asignación de retiro son incompatibles y que el beneficiario puede optar por la que le sea la más favorable. Así, el señor Rivera Jiménez por medio de las peticiones con Radicado 2015000896 del 05-01-2015 y 2015006566 del 16-02-2015 optó por la primera prestación.

iv) La Dirección General de la Policía Nacional mediante el Oficio 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015 enviado a CASUR le informó que a través de la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015 había revocado la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008, por medio de cual se había reconocido la asignación de retiro en favor del demandante.

En virtud de ello, pidió a la entidad que a través del acto administrativo que reconozca la pensión de invalidez descontar en un solo contado y con destino al presupuesto de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la suma \$102.160.353 que se había pagado por asignación de retiro desde el 27 de junio de 2008 hasta el 30 de enero de 2015.³⁵

v) Se probó con la copia de la Resolución 00987 del 13 de julio de 2015 que al demandante se le reconoció la pensión de invalidez a partir del 27 de junio de 2008 y en cuantía equivalente a 75% del salario básico de un agente de policía, más las partidas computables de la prima de antigüedad, actividad y navidad. Se otorgó la prestación por presentar «una disminución de la capacidad laboral actual del 7,55% y total del 78,53% con imputabilidad al servicio, no figura informe administrativo, se trata de enfermedad común».³⁶

En dicho acto administrativo se dispuso en el parágrafo el artículo primero lo siguiente:

Parágrafo: Del retroactivo de las mesadas pensionales de invalidez se debe ordenar reintegrar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la suma de ciento dos millones ciento sesenta mil trescientos cincuenta y tres pesos con cero centavos (\$102.160.353) por concepto de asignación mensual de retiro cancelada por el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015, según certificación de liquidación de fecha 02 de marzo de 2015.³⁷ (Resalta la Sala).

En la parte motiva de la resolución referida para justificar el descuento descrito se argumentó lo que a continuación se transcribe:

Que mediante Oficio 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional informó al grupo de Pensionados de la Policía Nacional que mediante Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015 revocó la Resolución N.º 2211 del 20 de mayo de 2008 que reconoció la asignación mensual de retiro al señor agente (r) Javier Enrique Rivera Jiménez toda vez que el citado señor mediante escritos radicados bajo el N.º 2015000896 del 05-01-2015 y N.º 2015006566 del 16-02-2015 renunció a la asignación mensual de retiro que devengaba por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para acogerse a la pensión de invalidez por presentar una disminución de la capacidad aboral del 78,53% (...) Así mismo solicitó el reintegro de la suma de ciento dos millones ciento sesenta mil trescientos cincuenta y tres pesos con cero centavos (\$102.160.353) por concepto de asignación mensual de retiro cancelada por el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015...³⁸

vi) Se probó con la certificación emitida por la coordinadora del Grupo de Tesorería de CASUR que al demandante se le pagó por asignación de retiros del mes de julio desde el año 2008 hasta el mes de enero de 2015 la suma de \$102.160.353.³⁹

vii) Quedó probado que el demandante solicitó ante la dirección de la Policía Nacional la devolución de la suma que se ordenó descontar en la Resolución 00987 del 13 de julio de 2015 proferida por la Subdirección de la Policía Nacional. La petición fue negada a través del Oficio 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015 suscrito por el jefe del grupo de pensionados de la Policía Nacional en la que se señalaron iguales argumentos a los plasmados en la Resolución referida y que se transcribieron en el numeral (v).⁴⁰

2.1.4. Análisis de la Sala. Caso concreto.

El demandante, en el recurso de apelación, indicó que el descuento que se hizo de las mesadas pensionales por parte de las entidades demandadas es improcedente e ilegal porque i) no existe norma jurídica ni orden judicial que lo avale; ii) CASUR debió iniciar las acciones que el ordenamiento jurídico le otorga para recuperar los dineros; iii) no hay enriquecimiento sin causa por recibir también la pensión de invalidez, dado que la asignación de retiro es un derecho adquirido por el tiempo laborado en la Policía Nacional; y iv) no recibió doble asignación de retiro y el reconocimiento posterior de la pensión de invalidez no implicaba que el demandante haya dejado de tener derecho a recibir la asignación de retiro.

Pues bien, la Sala pasará a efectuar el análisis respectivo; empero, antes de ello se referirá a la posibilidad de enjuiciar los actos administrativos demandados.

2.1.4.1. Actos administrativos respecto de los cuales se examinará su legalidad.

Para la Sala, los actos administrativos que deben ser analizados dentro del presente proceso son las Resoluciones 1891 del 24 de marzo de 2015 y 00987 del 13 de julio de 2015, dado que son estas las que dispusieron que del monto del retroactivo de la pensión de invalidez debía efectuarse el descuento de lo percibido por asignación de retiro entre el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015 por la suma de \$102.160.353.

Al ser así, son estos los actos administrativos definitivos susceptibles de ser enjuiciados, en tanto que, tal como lo contempla el artículo 43 del cpaca «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Y lo son porque resolvieron de fondo la situación jurídica del demandante y modificaron su realidad jurídica con su contenido.

No sucede igual con el Oficio 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015, proferido por el director General de la Policía Nacional, y que se envió a CASUR, dado que en este solo se informó a la entidad que a través de la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015 se había revocado la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 que reconoció la asignación de retiro en favor del demandante y, además, que se dispuso el reintegro de los valores pagados por la asignación de retiro desde el 27 de junio de 2008 hasta el 30 de enero de 2015.

Para la Sala es claro que en el oficio no se incluyó una decisión de fondo sobre el derecho del señor Rivera Jiménez y, por el contrario, su naturaleza es la de una simple comunicación de lo decidido en la Resolución 1891 de 2015 que se envió a la Policía Nacional para que tal decisión se tuviera en cuenta al momento de ordenar el pago de la pensión de invalidez. Al ser así, no puede considerarse un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que, según se expuso, solo los actos definitivos pueden serlo.

En lo que respecta al Oficio 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015 suscrito por el jefe del grupo de pensionados de la Policía Nacional, si bien se emitió por la petición presentada por el demandante tendiente a que le devolvieran los dineros descontados por virtud de lo ordenado en las Resoluciones 1891 del 24 de marzo de 2015 y 00987 del 13 de julio de 2015 y que la entidad de manera expresa lo negó, la Sala considera que a través de estas ya se había decidido lo pertinente y estaban en firme y eran las llamadas a ser demandadas. Así, el nuevo pronunciamiento se limitó a reiterar los argumentos expuestos en las resoluciones referidas, por lo que no fue el que decidió de fondo sobre el derecho.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala los Oficios 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015 y 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015 no encajan dentro de la definición de actos administrativos definitivos que contiene el artículo 43 del cpaca y tampoco con su expedición se impidió continuar con algún trámite, pues el que decidió sobre el descuento ya había culminado. En ese sentido, la Sala declarará probada la excepción de «actos no susceptibles de control judicial».

Por otro lado, la Sala se percató de que la Resolución 987 del 13 de julio de 2015, que reconoció la pensión de invalidez al demandante y que reafirmó la orden de reintegrar las mesadas pensionales recibidas por concepto de asignación de retiro señalada en la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015, emitida por CASUR, permitía la interposición del recurso de apelación en su numeral 6.º, recurso del cual no existe prueba

dentro del expediente que el señor Rivera Jiménez hubiese ejercido.

Al ser así, la Sala evidencia que previo a instaurar la demanda, la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 del cpaca⁴¹ como un presupuesto procesal obligatorio que debe cumplir quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal deber es imperativo, pues tiene como fin solicitar a la administración que revise los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión y si es del caso, la revoque, modifique o aclare.⁴²

Y tiene esa categoría de obligatorio, no solo porque el artículo referido lo indica, sino porque artículo 76 *ibidem* que fijó el procedimiento que debe seguirse para la presentación de los recursos en sede administrativa, en los incisos 4.º y 5.º señaló que el de apelación «será obligatorio para acceder a la jurisdicción» mientras que «Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios».

Así las cosas, el recurso de apelación se torna en ineludible, luego cuando la administración otorgue la oportunidad para presentarlo, como en el caso de la Resolución 987 del 13 de julio de 2015, su interposición es forzosa antes de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que esta no sea estudiada⁴³.

En conclusión, al encontrarse acreditado que el señor Rivero Jiménez no interpuso el recurso de apelación en contra del acto administrativo mencionado, la Sala no puede estudiar de fondo su legalidad, pues es un presupuesto procesal necesario para iniciar el proceso. Por tanto, respecto de la resolución aludida se declarará probada la excepción del «indebido agotamiento de la actuación administrativa».

No obstante, lo anterior no quiere decir que la Sala no pueda decidir sobre la legalidad de la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015, pues en su artículo cuarto dio la orden de «Reintegrar al presupuesto de la entidad, la suma de (...) \$102.160.353 por concepto de asignación mensual de retiro pagada ente el 27-06-2008 y el 30-01-2015, incluida la mesada adicional y los descuentos de ley, según lo considerado». Y el en el tercero señaló que en caso de no reintegrarse el dinero por parte de la Policía Nacional o el demandante «se le debe declarar deudor del tesoro público, en caso contrario, quedará a paz y salvo por dicho concepto».

De esta manera, la Sala advierte que dicho acto administrativo fue el primero en ordenar al demandante y a la Policía Nacional en su favor el reintegro de los dineros pagados por asignación de retiro en virtud de la incompatibilidad de esta prestación social con la pensión de invalidez, según lo plasmó en su parte motiva resumida en el numeral (iii) del capítulo de hechos probados.

Así las cosas, la Sala sí estudiará de fondo la legalidad de este acto administrativo en aras de decidir el derecho del demandante y evitar una sentencia inhibitoria que puede vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia, dado que dicho acto sí contiene una decisión que lo afecta.

Lo anterior, puesto que el derecho de acceso a la administración de justicia implica la obligación para el Estado de garantizar a los asociados la existencia y el ejercicio de acciones o medios de control judiciales, idóneos y efectivos para resolver las controversias surgidas entre ellos o con el Estado y conseguir la protección de sus derechos a través de una decisión judicial.

En ese sentido se encuentra regulado el derecho en el artículo 2.º de la Parte II del «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por el Estado Colombiano a través de la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968⁴⁴; también en el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos adoptado por el Estado Colombiano con la Ley 16 de 1972⁴⁵ y en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991 que determinó lo siguiente: «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia».

Esta normativa pretende la realización de los fines del Estado y, específicamente, los relacionados con el mantenimiento de un orden político, económico y social justo, la convivencia pacífica, el respeto de la legalidad, la dignidad humana y la garantía de los asociados al goce de sus derechos.⁴⁶

Ahora bien, en virtud de las normas enunciadas es menester para garantizar la tutela judicial efectiva, además de la consagración formal de las acciones judiciales y los recursos, que estos sean eficaces, garanticen una decisión de fondo sobre el derecho discutido y su cumplimiento.⁴⁷

Es claro, entonces, que este derecho no solo comprende el real acceso a los órganos judiciales a través del ejercicio de las distintas acciones, sino que lo compone una serie de garantías que permiten su materialización. Entre estas se encuentran el derecho de acción y la existencia de procedimientos idóneos y efectivos y la resolución de las demandas de fondo dentro de unos términos y sin dilaciones injustificadas.⁴⁸

En consonancia con lo anterior, esta corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que una vez otorgada una competencia a determinada autoridad judicial se exige de ella que la agote y resuelva el fondo, mediante sentencia de mérito, siempre que se den los presupuestos de ley. Por tanto, la inhibición en que incurra constituye un comportamiento anómalo y censurable del operador jurídico, por cuanto su función es resolver con todas las garantías una controversia judicial.

En el caso concreto, si bien no se efectuará la revisión de la legalidad de la Resolución 987 del 13 de julio de 2015, sí es pertinente la revisión de la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015 que también dispuso el reintegro del dinero que percibió el demandante por asignación de retiro, so pena de que, de no hacerlo se vulnera la garantía explicada.

Resuelto lo anterior, la Sala pasará a resolver el fondo del asunto.

2.1.4.2. Sobre el descuento hecho al demandante.

Según quedó probado CASUR reconoció al señor Rivera Jiménez la asignación de retiro a través de la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 por haber cumplido los requisitos de los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y 4433 de 2004 a partir del 27 de junio de 2008 y en una cuantía equivalente al 62% «del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables».

De igual manera, se probó que el demandante solicitó a la entidad referida el cese del pago de la asignación de retiro y el reconocimiento de la pensión de invalidez los días 5 de enero y el 16 de febrero de 2015. Ello, por haber obtenido una calificación por pérdida de la capacidad laboral del 78,53% por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

En virtud de lo anterior, la entidad profirió la Resolución 1891 del 24 de marzo de 2015, con la que revocó la Resolución 2211 del 20 de mayo de 2008 que otorgó la asignación de retiro y dispuso el reintegro de lo pagado por esta en el tiempo transcurrido desde el 27 de junio de 2008 al 30 de enero de 2015, ante la incompatibilidad de la pensión de invalidez de que trata el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004. Igualmente, en la Resolución 00987 del 13 de julio de 2015, que reconoció la pensión de invalidez a partir del 27 de junio de 2008 de acuerdo con el artículo 2.º del Decreto 1157 de 2014, se incluyó dicha orden y se mandó que del retroactivo debido se hiciera el descuento.

Conforme a lo anotado, la Sala advierte que aunque el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 exceptúa a las fuerzas militares y de policía de la prohibición contenida en el artículo 128 constitucional de no recibir doble asignación del tesoro público, ello solo procede, según se expuso, cuando la pensión de invalidez proviene de la prestación del servicio en una entidad pública distinta.

Lo anterior, debido a que así lo disponía el artículo 114 del Decreto 1213 de 1990 y también lo consagró el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004, norma esta que consideró que la compatibilidad entre la asignación de retiro y la pensión de invalidez solo es posible en el evento descrito y que, en caso de proceder ambas, el beneficiario puede elegir la más favorable.

Es así, además, porque, según se señaló, la compatibilidad de la asignación de retiro con otras pensiones es viable únicamente cuando estas tengan su origen en la prestación del servicio en otras entidades de derecho público distintas a las militares o policiales, que se causen en tiempo diferente al que sirvió para obtener la asignación de retiro, que provengan de causa diferente y no tengan un objeto idéntico.

En el presente caso, ambas prestaciones sociales, la asignación de retiro y la pensión de invalidez, se causaron durante el tiempo que el señor Rivera Jiménez prestó el servicio en la Policía Nacional, tanto así que ambas se reconocieron desde el 27 de junio de 2008. Al ser de este modo, no es posible para la Sala ordenar que por igual tiempo se pague dos pensiones al demandante, pues el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 es claro en señalar que lo que procede es pagar la más favorable, como efectivamente ocurrió.

En ese sentido, una vez al señor Rivera Jiménez se le reconoció la pensión de invalidez por ser más beneficiosa al incrementar su monto del 62% al 75% en relación con la asignación de retiro, y toda vez que ambas se otorgaron a partir del 27 de junio de 2008, lo que correspondía era pagar a este solo el excedente que resultó en su favor, esto es, el 13% restante que debió recibir por ese periodo.

Disponer que debió recibir el 100% de la pensión de invalidez durante el lapso que también percibió la asignación de retiro, sin duda alguna vulnera la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política de 1991. Como se vió, en los reconocimientos pensionales los miembros de la Policía Nacional solo pueden devengar otra asignación proveniente del tesoro público, cuando la pensión de invalidez proviene de la prestación del servicio en una entidad pública distinta, según la interpretación que se ha hecho de los artículos 19 de la Ley 4 de 1992 y 36 del Decreto 4433 de 2004, supuesto que no se configura en el presente asunto.

Con fundamento en lo anterior, quedan entonces resultas las objeciones planteadas en el recurso de apelación, puesto que sí existe norma jurídica que acepte el descuento hecho. Así, el artículo 128 de la Carta Política de 1991 prohíbe devengar más de una asignación del tesoro público y el Decreto 4433 de 2004 prevé que el beneficiario pueda optar por la pensión de invalidez si es más beneficiosa, sin que ello signifique que pueda conservar las dos.

Por las consideraciones expuestas, no prospera el recurso.

3. Decisión.

La Sala revocará parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar del 16 de noviembre de 2017 y declarará probada la excepción de «actos no susceptibles de control judicial» respecto de los Oficios 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015 proferido por el director General de la Policía Nacional y 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015 y el indebido agotamiento de la actuación administrativa en relación con la Resolución 987 del 13 de julio de 2015.

En lo demás se confirmará la sentencia apelada.

4. De la condena en costas

Conforme con la interpretación del artículo 188 del cpaca que advierte para la fijación de las costas un criterio objetivo valorativo sin que sea necesario analizar la conducta de las partes y, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso⁴⁹, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, puesto que el apoderado del Ministerio de Defensa presentó alegatos de conclusión tal como se pudo comprobar en el expediente⁵⁰ y quedó plasmado en la constancia secretarial visible en el folio 329.

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

F A L L A:

Primero: Revocar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar del 16 de noviembre de 2017 en cuanto conoció de fondo sobre la legalidad de los Oficios 3753 /gag sdp del 24 de marzo de 2015, proferido por el director General de la Policía Nacional, y 321645/arpre-grupe-1.10 del 29 de octubre de 2015, suscrito por el jefe del grupo de pensionados de la Policía Nacional, y la Resolución la 987 del 13 de julio de 2015 emitida por la subdirectora general de la Policía Nacional.

En su lugar se declarará probada la excepción de «actos no susceptibles de control judicial» respecto de los oficios citados y «de indebido agotamiento de la actuación administrativa» en relación con la Resolución la 987 del 13 de julio de 2015.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia dentro del proceso promovido por el señor Javier Enrique Rivera Jiménez en contra del Ministerio de Defensa, Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Tercero: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones en el Programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

YSB

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 55 a 67.
2. Folios 90 a 96.
3. Folios 160 a 163.
4. Folios 238 a 268.
5. Folios 273 a 280.
6. Constancia secretarial. Folio 329.
7. Folio 308, constancia secretarial.

9. Folios 326 a 328.

10. Constancia secretarial. Folio 329.

11. La Corte Constitucional en sentencia T-512 de 2009, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva señaló que esta prestación social « la asignación de retiro goza de una naturaleza prestacional que es 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 de las [L]eyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

12. La Sección sobre el particular ha señalado: «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 Corporación, se le ha reconocido el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 05001-23-33-000-2013-01790-01(4188-17). Actor: José Gabriel Quintero Sabogal. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 22 de octubre de 2018.

13. «por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes».

14. Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

15. Sentencia del 14 de febrero de 2007, magistrado ponente Alberto Arango Mantilla. Radicado: 11001032500020040010901Numero interno 1240.2004. En la sentencia se expresó lo siguiente: «...Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo. Al desvirtuarse entonces, dentro de este proceso, la legalidad que amparaba la norma acusada - artículo 51 del Decreto 1091 de 1994 -, esta Sala procederá a retirarla del ordenamiento jurídico, por violar la Constitución Política y la Ley». (Resalta la Sala)

16. El artículo 47 del Decreto 262 de 1994 indica lo siguiente « El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto ley 1213 de 1990 con excepción de los títulos III, V, VII y IX, y demás disposiciones que le sean contrarias».

17. «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política».

18. «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

19. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2003 al manifestar que «Así las cosas, teniendo en cuenta las distintas actividades desde el punto de vista funcional o material que cumplen los miembros de las Fuerzas Militares, y dado que dentro de su deber profesional se encuentra el de arriesgar la vida, para la Corte es razonable y por lo tanto se justifica un trato diferenciado, a efectos de reconocer una pensión o compensación, según la muerte sea en combate, en misión del servicio o en simple actividad».

20. «Por otra parte, ha señalado que esta prestación tiene una finalidad social teniendo en cuenta su naturaleza prestacional, en la medida en que permite garantizar la digna subsistencia de los miembros de la respectiva institución en situación de retiro, carácter que evidencia la identidad que existe respecto de la pensión de vejez del régimen general que del mismo modo busca amparar al servidor frente a dicha contingencia; situación de la cual se desprende su relación inescindible con el derecho a la seguridad social, al ser parte integrante de dicha

garantía para los miembros de la Fuerza Pública». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 68001-23-31-000-2011-00325-01(1638-15). Actor: Hugo Alfonso Cepeda. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 10 de octubre de 2019.

21. Al respecto, ver los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1796 de 2000 encargados de definir el régimen pensional por invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional.

22. «Artículo 48. Artículo transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional determine lo correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el presente decreto, los criterios de calificación de la capacidad psicofísica, de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones y de la clasificación de las lesiones y afecciones, continuarán vigentes los artículos 47 al 88 del decreto 094 de 1989, excepto el artículo 70 de la misma norma.»

23. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 44001-23-33-000-2013-00157-01(0848-16). Actor: Heber Antonio Ramos Padilla. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D. C., 13 de febrero de 2020. Tema: Reconocimiento pensión de invalidez

24. Esta corporación en la sentencia del 23 de enero de 2020 proferida por el consejero de Estado William Hernández Gómez. expediente: 2833-16, actor: Yovany Andrés Londoño Moreno, precisó respecto de esta condición lo siguiente: «El sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo».

Posición asumida también en la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 44001-23-33-000-2013-00157-01(0848-16). Actor: Heber Antonio Ramos Padilla. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D. C., 13 de febrero de 2020. Tema: Reconocimiento pensión de invalidez.

25. «Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública.»

26. Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1993.

27. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 66001-23-33-000-2016-00433-01(1754-18) . Actor: Nolberto Torres Ospina. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C. 4 de julio de 2019.

28. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 68001-23-31-000-2011-00325-01(1638-15). Actor: Hugo Alfonso Cepeda. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 10 de octubre de 2019.

29. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 66001-23-33-000-2016-00433-01(1754-18) . Actor: Nolberto Torres Ospina. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C. 4 de julio de 2019.

30. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

31. Folio 14.

32. Folios 43 a 45.

33. Folios 5 a 7.

34. *Ibidem*.

35. Folio 8.

36. Folios 3 y 4.

37. Folio 4.

38. Folio 3.

39. Folios 49 a 51.

40. Folio 9.

41. «Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (...)» (Negrilla fuera de texto).

42. Por su parte, la doctrina ha entendido el procedimiento administrativo como «una garantía de la adecuación de la actividad administrativo a criterios de objetividad y eficacia y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública.» Luciano Parejo Alfonso. *Eficacia y administración*. Madrid, 1995, Once - Gavitas, 2002, pp.793 y ss. Jaime Orlado Santofimio Gamboa. *Compendio de Derecho Administrativo*. Cit. Pp. 421.

43. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00342-01(2203-10) Actor: Daniel Guillermo Calvache Mesías Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

44. «Artículo 2.(...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso». (Negrilla fuera de texto).

45. «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

46. Sentencia C-426 de 2002. Ver artículos 1.º y 2.º de la Constitución Política de 1991.

47. Sentencia C-1195 de 2001 magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Así lo interpretó esta Corporación en sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016 en la que señaló lo que sigue:

«A manera de resumen se concluye entonces que los artículos 8 y 25.1 de la Convención Americana, consagran la tutela judicial efectiva, según la cual toda persona tiene derecho a: i) un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo e idóneo; ii) ante los jueces o tribunales; iii) que las proteja contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley o en la Convención Americana y iv) que tal recurso no solo debe ser efectivo para constatar la violación, sino también para remediarla». (Negrilla fuera de texto). Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 11001032500020110031600 Número interno: 1210-11 Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz. Consejero ponente: William Hernández Gómez (E) Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016.

48. Sentencia C-1195 de 2001, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre el particular también pueden consultarse las siguientes providencias: T-597 de 1992, C-544 de 1993, C-093 de 1993, C- 742 de 1999, su-067 de 1993, C-037 de 1996, C-157 de 1998, su-091 de 2000.

49. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

50. Folios 326 a 328.

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 06:38:52