



13001-33-33-012-2013-00358-01

Cartagena de Indias D.T. y C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-012-2013-00358-01
Demandante:	Jairo Blanco Chiquillo
Demandado:	CASUR
Tema	Prohibición de doble asignación del erario público.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2015, mediante la cual el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las súplicas de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (fs. 1 - 10).

a. Pretensiones: El demandante solicitó lo siguiente:

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución número 1747 del 20 de marzo de 2013, por la cual se revoca en todas sus partes la Resolución No. 2315 del 13 de junio del 2000, y se ordena el reintegro de valores al presupuesto de la entidad, con fundamento en el expediente del señor Agente ® BLANCO CHIQUILLO JAIRO, con C.C. No. 73.102.910, expedida por el Brigadier General ® Jorge Alirio Barón Leguizamón.

SEGUNDA: Como consecuencia de la nulidad del acto administrativo acusado, con el fin de asegurar la regularidad jurídica, dar protección directa al derecho constitucional vulnerado y a título de restablecimiento del derecho, se declare lo siguiente:

- Que las sumas que le fueron canceladas por concepto de asignación de retiro, desde el 27 de abril de 2000 hasta el 30 de octubre de 2012, no son incompatibles con las sumas que le fueron reconocidas por concepto de primas, sueldos, bonificaciones, subsidios y demás derechos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación del servicio hasta la fecha en que se hizo el efectivo el reintegro, de conformidad con la sentencia del 17 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

- Que las sumas recibidas por concepto de asignación de retiro sean pagadas a título de indemnización, conforme con la sentencia citada en el punto anterior.

- Determinar que mi representado no debe reintegrar suma alguna, puesto que los dineros a recibir corresponden al resarcimiento de un perjuicio por un acto



13001-33-33-012-2013-00358-01

ilegal declarado nulo y no dinero proveniente de otro empleo público y otra asignación que provenga del tesoro público.

TERCERA: *Condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR a realizar el pago de las sumas indicadas en el punto anterior en forma indexada como lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437/2011.*

CUARTA: *Condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR a pagar los intereses de Mora a la tasa máxima legal permitida por la superintendencia financiera conforme lo establece el artículo 884 del Código de Comercio, para cada uno de los incrementos no cancelados en forma mensual, desde la fecha en que se causó cada uno hasta la fecha del pago total de lo adeudado.*

QUINTA: *Que a las anteriores declaraciones y condenas se les dé cumplimiento dentro de los términos establecidos en el artículos 193, 195 de la Ley 1437/2011.*

SEXTA: *Condénese al demandado al pago de las costas y gastos, incluyendo agencias en derecho, según lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A.*

b. Hechos:

Mediante acto administrativo y en virtud de la facultad discrecional CASUR desvinculó al demandante de la Policía Nacional y le reconoció asignación de en cuantía equivalente al 62% del sueldo básico y con las partidas legalmente computables para el grado, a partir del 27 de abril del año 2000.

Por considerar ilegal su desvinculación, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando su reintegro al cargo.

La demanda fue tramitada y decidida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, quien decidió vincularlo nuevamente a la Institución, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia de 17 de febrero de 2012.

La accionada, mediante Resolución No. 0113 del 21 de febrero de 2013, atendiendo a lo ordenado en la sentencia antes señalada, ordenó el pago de las sumas correspondientes a sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación hasta su reintegro.

Mediante Resolución No. 1747 del 20 de abril de 2013 la accionada revocó la Resolución 2315 de 2000 que le habría reconocido la asignación de retiro, aduciendo que los pagos por concepto de dicha asignación quedaban sin fundamento por estar recibiendo salarios en servicio activo.

Dicho acto administrativo ordenó la retención del dinero pagado al demandante y su devolución al tesoro, vulnerando sus derechos adquiridos, reconocidos en un proceso judicial.



13001-33-33-012-2013-00358-01

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que el acto acusado viola los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 16, 25, 42, 44, 46, 48 inciso 6°, 51, 52, 53 incisos 2° y 3°, 90, 150 numeral 10 y 220 de la Constitución Política; 169 del Decreto 1211/90; 14 y 279 – parágrafo 4°- de la Ley 100/93 y la Ley 238 de 1995.

Alegó que el Consejo de Estado ha señalado que la asignación de retiro, cumple el fin constitucional de beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

La Corte Constitucional ha reconocido que dicho tratamiento cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y su familia durante largos períodos de tiempo.

La existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad.

Alegó que el acto acusado desconoce el precedente judicial del Consejo de Estado, según el cual los salarios cancelados corresponden al restablecimiento del derecho ordenado por medio de sentencia judicial a causa de un retiro injusto y que su asignación de retiro corresponde al tiempo que este ha durado vinculado a la Institución.

Citó la Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, proferida el 30 de marzo de 2011, Radicado No. 13001-23-31-000- 2003-02110-01(2295-08), en la que manifestó que *"El restablecimiento ordenado, conforme al artículo 85 del C.C.A., buscó volver las cosas al estado en que estaban, como si el acto administrativo no hubiese sido expedido, y en virtud de ello, se ordenó su reintegro al servicio sin solución de continuidad, el pago de los salarios y prestaciones, a título indemnizatorio o resarcitorio, remunerando unos servicios que, efectivamente, no fueron prestados pero que por la ficción legal se tiene como si nunca se hubiera desvinculado del servicio. Ahora bien, la invalidez o anulación de que fue objeto el acto administrativo que lo retiró del servicio no vicia la legalidad del reconocimiento de la asignación de retiro ordenado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en favor del demandante ya que tal situación administrativa tuvo como origen el cumplimiento de la normatividad legal que le permitía devengar la asignación de retiro. El hecho de que por una ficción legal considere que el accionante efectivamente nunca se*



13001-33-33-012-2013-00358-01

*desvinculó del servicio, no altera el hecho de que materialmente sí estuvo por fuera y que, en tal condición hubiese percibido la asignación de retiro implica la anulación o desaparición del tiempo en que permaneció incólume la legalidad del acto de retiro se hayan producido consecuencias ajustadas a la legalidad, como la percepción de la asignación de retiro. **En consecuencia, desde cuando fue retirado del servicio, el 27 de enero de 1995 hasta el 30 de agosto de 2002 en que fue efectivamente reintegrado a la Nación, Fuerzas Militares de Colombia, Armada Nacional, la asignación de retiro percibida por el accionante obedeció al cumplimiento de las condiciones requeridas para ello y, en consecuencia, es compatible con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de un reintegro, pues este último se reitera, es a título indemnizatorio**".*

3.2. Contestación.

La entidad accionada no contestó la demanda.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 118 -127).

El Juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión señaló, en resumen, que lo percibido por el actor en su asignación de retiro y lo percibido como salarios y prestaciones reconocidas a título de indemnización, configuran una doble asignación proveniente del tesoro público, situación que es prohibida por el artículo 128 de la Constitución Política, y por ello está obligado a reintegrar lo pagado por CASUR por concepto de asignación de retiro que le fuera reconocida por el periodo comprendido desde el 27 de abril de 2000 al 30 de octubre de 2012.

Manifestó que el artículo 128 constitucional consagra la imposibilidad de desempeñar más de un empleo público y de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado; prohibición que ha de entenderse no sólo la percepción de más de un "sueldo" que provenga de más de un empleo público, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como pensiones, entre otros.

Apoyó su decisión en un salvamento de voto realizado a la sentencia T-265 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, en el cual se trató la prohibición de devengar dos asignaciones del tesoro público.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 129 - 136)

El apoderado de la parte demandante solicitó que se revocara el fallo de primera instancia, alegando, en resumen, lo siguiente:



13001-33-33-012-2013-00358-01

El juez de primera instancia se apoyó en un salvamento de voto hecho dentro de una sentencia proferida por la Corte Constitucional, en la que se manifestaba que existe una doble asignación con cargo al tesoro público, toda vez que el actor al ser retirado del servicio activo, le fue reconocida una prestación periódica que percibió durante todo el tiempo que permaneció separado del cargo que desempeñaba y que posteriormente fue ordenado su reintegro y el correspondiente restablecimiento del derecho (salarios dejados de percibir) por vía judicial, generando así un enriquecimiento injustificado.

Para refutar el argumento anterior señaló lo siguiente:

- Carácter indemnizatorio del pago de salarios dejados de percibir producto de la ilegalidad del retiro.

El pago de salarios ordenados por vía judicial, como consecuencia de la ilegalidad del acto administrativo de retiro, corresponde al restablecimiento del derecho, el cual se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados a la administración por actuar apartada de la normativa vigente.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir, se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización. 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.

La condena impuesta tiene carácter resarcitorio al pretender llevar las cosas al estado anterior. Es decir, su función es la de reparar el daño ocasionado al administrado por la conducta ilegal de la administración pública y su fin es la compensación de un perjuicio irrogado. Por consiguiente, no existe doble indemnización en la recepción de los dineros recibidos producto de la presunción de legalidad del acto de retiro del servicio y la declaratoria de la devolución ordenada pues, fueron recibidos de buena fe y no con dolo o fraude; además, no medió prestación personal de ningún servicio por lo que no se podía comprender su situación particular con la de quien ejecuta dos labores con cargo al erario, pues el ordenamiento jurídico establece presupuestos normativos cuya tipicidad no se adecúa a la situación puesta en consideración.

Tampoco es posible revocar su asignación de retiro, porque la misma en su momento, se constituyó producto de los aportes a seguridad social que hizo mientras se encontraba en servicio activo. Por lo tanto, dicha asignación es producto de los descuentos salariales que se le hacían mes a mes y que con base en la norma vigente tenía derecho a percibir. Citó en su apoyo la sentencia descrita en la demanda.



13001-33-33-012-2013-00358-01

- Desconocimiento del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado como máxima autoridad de lo contencioso administrativo.

La juez de primera instancia se apartó de la línea jurisprudencial que el Consejo de Estado ha asumido para resolver este tipo de casos, bajo el supuesto de que el precedente sostenido por la Corte Constitucional (Sentencia T 265 de 2013), se ajusta más a la Constitución Política.

No cierta la afirmación del A-quo, según la cual las sentencias que sostienen los fundamentos de la demanda no constituyen precedente jurisprudencial, toda vez que no constituyen prueba de que sea la tesis abordada por el Consejo de Estado y que las mismas no son proferidas por la Sala Plena, o producto de una sentencia de unificación jurisprudencial.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga, lo cual se traduce, en el deber de aplicación de los criterios principales y auxiliares de derecho para dirimir un conflicto determinado con sujeción al principio de la igualdad.

En la sentencia proferida por el A-quo no existe un análisis serio y detallado de por qué se aparta del precedente judicial del Consejo de Estado, simplemente se que el pronunciamiento de la Corte Constitucional se ajusta más a la Constitución.

ii) Falta de contestación.

La entidad demandada no contestó la demanda, y según las normas procesales, la jurisprudencia y la doctrina, dicha omisión constituye un "indicio grave en su contra", lo cual se traduce en un acto de rebeldía y surte efectos favorables al demandante, entre ellos tomar por cierto los hechos constitutivos de la demanda, tal como lo establece el artículo 97 del C.G.P.

El silencio dentro de un proceso contencioso no puede tener otro efecto que el de un indicio negativo en contra de quien optó por esta posición, lo cual trae la pérdida del derecho sustancial debatido.

- Precedente jurisprudencial imperante respecto del caso concreto.

Manifestó que el presente asunto debe resolverse con base en los precedentes del Consejo de Estado, contenido en las sentencia proferidas el 6 de agosto de 2009, rad. No. 250002325000200503749 01 (1267-2007), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 27 de marzo de 2008, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren,



13001-33-33-012-2013-00358-01

radicado interno No. 8239- 2005; 29 de enero de 2008, C. P. Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 1153- 2004; 30 de marzo de 2011, con ponencia de la Magistrada Bertha Lucía Ramírez, en las cuales se ha señalado el carácter indemnizatorio del restablecimiento del derecho.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 21 de octubre de 2015 (f. 3, C-2), y en providencia de 18 de julio de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 6, C-2).

La parte demandada solicitó en sus alegatos que se confirme el fallo apelado, aduciendo en resumen que la Constitución Política de Colombia prohíbe percibir doble asignación del tesoro público. Citó en su apoyo la sentencia T- 3347202 de 2013 de la Corte Constitucional (**fs. 9 – 10**).

Ni la parte demandante ni el Agente del Ministerio Público rindieron concepto.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el actor debe o no devolver la sumas de dinero que recibió por concepto de asignación de retiro por el periodo durante el cual estuvo separado de su cargo, como consecuencia de la orden de reintegro y pago de salarios y prestaciones sin solución de continuidad emitida por una orden judicial que declaró ilegal su retiro.



8.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia apelada, porque en el presente asunto se presenta la incompatibilidad prevista por el artículo 128 Constitucional, puesto que el demandante percibió dos asignaciones de origen público: la primera a título de salarios y prestaciones sociales ordenados por un fallo judicial que declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso su retiro y, por otro, las mesadas percibidas como consecuencia de la asignación reconocida por CASUR luego del retiro.

8.4 Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables.

8.4.1. Naturaleza jurídica de la asignación de retiro.

La Corte Constitucional en sentencia C-1143 de 2004, señaló que la asignación de retiro se concibió como una prestación a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, para compensar el desgaste físico y mental al que se han visto sometidos.

En relación con la asignación de retiro, la Corte en sentencia C-432 de 2004 precisó que era de naturaleza "prestacional" y cumplía un fin constitucionalmente determinado, por cuanto su objetivo principal es el de beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública con un régimen diferente, encaminado a mejorar sus condiciones económicas, dado que la función pública que ejecuta envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

La jurisprudencia constitucional le ha dado a la asignación de retiro una doble connotación. Por una parte, como una recompensa o reconocimiento por el riesgo a la vida que tuvo que soportar el servidor y su familia durante el servicio. 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.

Es precisamente por esa razón, por la cual se han equiparado ambos emolumentos (esto es, pensión de vejez y asignación de retiro) señalando que la asignación de retiro se constituye en «una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que



13001-33-33-012-2013-00358-01

cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes»¹.

- De la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público y la excepción en materia de asignación de retiro de Fuerza Pública.

El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

« [...] ARTICULO 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.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. [...]».

El artículo transcrito contiene la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide que se devenguen dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, en este sentido, la norma comprende dos prohibiciones: **i)** desempeñar dos empleos de forma simultánea y **ii)** recibir más de una asignación del tesoro público.

La anterior prohibición fue desarrollada por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, así:

«[...]»

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;

¹ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004



13001-33-33-012-2013-00358-01

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados. [...]]»

La Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1993, al estudiar la exequibilidad del artículo transcrito, señaló que el término "asignación" debe entenderse en un sentido amplio que comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc., y que tal incompatibilidad fue concebida desde la Constitución de 1886, en el artículo 64, con la finalidad de evitar abusos por parte de empleados públicos, en caso de que les fuera permitido el desempeño de varios cargos y en consecuencia, de sueldos.

- Reintegro y devolución de salarios y prestaciones dejadas de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro del servicio.

En el presente asunto se discute aquellos casos en los cuales una persona que se es declarada insubsistente en su cargo pero, posteriormente, es reintegrada al cargo que venía desempeñando como consecuencia de una orden judicial y a recibir como restablecimiento de su derecho los salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la desvinculación ilegal.

La discusión en este tipo de casos deviene en que el restablecimiento del derecho supone la devolución de los salarios y prestaciones para un periodo de tiempo en el que el empleado se desempeñó en otro cargo, recibiendo así no solo los salarios y prestaciones por concepto de la prestación del servicio, sino también los emolumentos por el reintegro que se ordena como consecuencia del retiro ilegal.

El Consejo de Estado, ha adoptado la postura según la cual la orden de descuento de lo percibido por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno entre un acto de desvinculación y el reintegro se ajusta a derecho. No obstante, en otros casos ha llegado a la conclusión que no se pueden ordenar los descuentos, partiendo de la tesis según la cual lo recibido por la condena surge por una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que los salarios y prestaciones recibidos en virtud de otra relación laboral constituyen una remuneración por la actividad ejercida por el empleado. *"Al no existir incompatibilidad entre las sumas reconocidas 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, no se debe ordenar el descuento de las sumas recibidas a este último título^[33].*

Con propósitos de unificación, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU/354 de 2017, y adoptó el criterio según el cual, al momento de cancelar las



13001-33-33-012-2013-00358-01

prestaciones y salarios dejadas de percibir como consecuencia de un retiro ilegal se debe ordenar el descuento de lo percibido por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno entre un acto de desvinculación y el reintegro, pues no hacerlo sería aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período, así:

*“ Esta Corporación tomó en consideración lo señalado en la sentencia SU-556 de 2014 y adujo que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son las siguientes: (i) el reintegro del servidor público desvinculado a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; (ii) para el reintegro también deberá examinarse si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios; (iii) **a título indemnizatorio, solo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.***

(...) La Corte Constitucional, a través de una línea uniforme, ha concluido que se deben descontar de las sanciones impuestas al Estado las sumas que se hubieren devengado desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo. Estos pronunciamientos han sido con ocasión de las acciones de tutela interpuestas por personas que fueron nombradas en provisionalidad en cargos de carrera y que fueron desvinculadas a través de un acto sin motivación.

En un primer momento, este Tribunal adoptó esa determinación por considerar que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento por la nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material, de modo que mal podría tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto estos y estas se percibieron del tesoro público. Ello conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período.

Posteriormente, la Corte le puso límite a la orden según la cual el pago de los salarios y prestaciones sociales solo procede hasta cuando el respectivo cargo hubiere sido provisto mediante el sistema del concurso de méritos. Sobre el asunto, indicó que quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por lo que debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos. Por esa razón, no es apropiado asumir que la cuantificación de la indemnización se hiciera a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario, porque ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos.

De igual forma, aclaró que una indemnización así concebida era excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política, ya que con base en esas disposiciones no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Consideró que la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una



13001-33-33-012-2013-00358-01

manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega, y señaló que entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual.

Para la Corte, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Además, si se tiene en cuenta que la desvinculación se presenta como consecuencia de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, sin perjuicio del derecho que le asiste para cuestionar judicialmente el acto respectivo, le corresponde actuar de buena fe y procurar la auto-provisión de recursos.

(...) Es por lo anterior que la fórmula aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, **es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, por lo que se debe descontar todo lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.**

(...) (i) La esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano. Es por esa razón que ese tipo de condenas están dirigidas a reintegrar al funcionario al cargo que venía desempeñando y al pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que aquel nunca fue retirado del servicio.

Bajo ese entendido, no puede concluirse que las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho, que en todo caso se reconocen indexadas, tengan además un carácter indemnizatorio, porque se estaría desnaturalizando la finalidad de la decisión de restablecimiento. De ahí la diferencia con la acción de reparación directa, la cual supone el resarcimiento de los daños causados al empleado que fue desvinculado, lo que quiere decir que, una cosa es la condena por restablecimiento del derecho en donde las sumas reconocidas serán a título de salarios y prestaciones dejados de percibir y otras distinta la que corresponda a los daños y perjuicios causados por el acto ilegal de la desvinculación.

(...) Quiere decir lo anterior que independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, **la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado (...)**

- La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, en los casos en que se ordena judicialmente el pago de salarios y emolumentos por reintegro de miembros de la fuerza pública que disfrutaban de asignación de retiro.

El Consejo de Estado en sentencia del 26 de septiembre de 2019, dentro del proceso radicado No. 13001-23-31-000-2010-00454-01(4453-13), C. P. William Hernández Gómez, señaló que del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, se deriva que las asignaciones que reciba el personal de la Fuerza Pública por retiro se



13001-33-33-012-2013-00358-01

encuentran dentro de las excepciones a la regla general prohibitiva, salvedad que se repitió en las normas que regularon el régimen prestacional de este personal, entre otros, en el Decreto 1211 de 1990, artículo 175; Decreto 1212 de 1990, artículo 156 y más adelante en el Decreto 4433 de 2004, artículo 36, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

«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.»

En dicha providencia concluyó 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.

Tal compatibilidad fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 y en esa oportunidad señaló 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, en particular las mesadas derivadas de pensiones o asignaciones de retiro.

En esas condiciones, frente al mandato constitucional puesto de presente, no se requiere habilitación normativa adicional para que la entidad que ostenta la función pagadora actúe bajo los parámetros superiores mencionados, incluso al



13001-33-33-012-2013-00358-01

dar cumplimiento a una sentencia judicial que no incluya dentro de su parte resolutive la orden de descuentos.

8.5. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2011, por medio de la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena ordenó al Ministerio de Defensa Nacional reintegrar en el cargo al actor y cancelar los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación, sin considerar que haya existido solución de continuidad (fs. 82 - 93).
- Copia de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2012, por medio de la cual este Tribunal confirmó la providencia anterior (fs. 95 – 114).
- Copia de la Resolución No. 1747 del 20 de marzo de 2013, por medio de la cual CASUR revocó la Resolución No. 2315 del 13 de junio de 2000, por medio de la cual se le reconoció una asignación de retiro al actor. Así mismo se ordenó descontar la suma percibida como asignación de retiro dentro del periodo comprendido entre 27 de abril de 2000 y 30 de octubre de 2012 (fs. 19 – 21).
- Copia de la Resolución 0113 del 21 de febrero de 2013, por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional da cumplimiento a una sentencia judicial y dispone el pago de la suma de trescientos noventa y un millones setecientos setenta y cinco mil novecientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés centavos (\$ 391.775.958,23) (fs. 23 – 32).

8.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De las pruebas obrantes en el expediente se observa que el actor fue desvinculado de la Policía Nacional y con posterioridad fue reintegrado a dicha Institución con ocasión a una orden judicial.

En Ministerio de Defensa profirió la Resolución 0113 del 21 de febrero de 2013, por medio del cual el dio cumplimiento a una sentencia judicial y ordenó el pago de la suma de trescientos noventa y un millones setecientos setenta y cinco mil novecientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés centavos (\$391.775.958,23).

Como consecuencia del reintegro CASUR mediante Resolución No. 1747 del 20 de marzo de 2013, revocó la Resolución por medio de la cual le reconoció una asignación de retiro al actor. En dicha providencia ordenó remitir copia de la misma a la Secretaría General de la Policía Nacional, para que dicha Institución, en el acto que reconoce los valores retroactivos del demandante, ordene descontar la suma de ciento treinta y seis millones seiscientos sesenta y cinco mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$136.665.863.), por concepto de asignación mensual de retiro pagada entre el 27 de abril de 2000 y el 30 de octubre de 2012,



13001-33-33-012-2013-00358-01

y en caso contrario, debía el demandante efectuar el reintegro al presupuesto de la CAJA, o dicha entidad la descontaría en porciones de Ley, los valores de la asignación de retiro que llegare a devengar el actor.

El actor cuestiona esa decisión porque a su juicio la suma de dinero cancelada como salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar con ocasión al retiro ilegal de la Institución, tiene carácter indemnizatorio y por ello es compatible con las sumas percibidas como asignación de retiro.

Para la Sala si bien esta tesis fue manejada por el Consejo de Estado, lo cierto es que nunca fue unificada ni pacífica, pues también manejaron la tesis según la cual se debía descontar de las sumas reconocidas con ocasión al retiro ilegal, aquellos valores devengados en el interregno en el que mantuvo la desvinculación, tesis que se mantiene en la actualidad.

En efecto, dicha Corporación en sentencia del 26 de septiembre de 2019, dentro del proceso radicado No. 13001-23-31-000-2010-00454-01(4453-13), C. P. William Hernández Gómez, señaló que *"no desconoce la Sala de Subsección que han existido decisiones de esta corporación en las cuales se consideró que no es viable disponer el reintegro de las sumas recibidas por concepto de asignación de retiro, de un miembro de la respectiva fuerza cuyo reintegro se dispuso, como consecuencia de la anulación del acto de retiro, entre ellas, la sentencia del 27 de marzo de 2008² que la parte demandante trae como precedente, no obstante, debe tenerse en cuenta que dicha posición se ha replanteado y se han emitido numerosos pronunciamientos en los cuales se ha acogido la posición según las cual resulta procedente la devolución bajo estudio³, con fundamento en criterios que guardan identidad con los expuestos en esta oportunidad y que resultan importantes para orientar la solución al particular, con la finalidad de dar prevalencia a los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima⁴".*

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2008, radicación: 250002325000200308975 01(8239-05), actor: Gustavo Rincón Rivera.

³ Sección Segunda Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2018, radicación: 08001-23-33-000-2014-00016-01 (0727-16), actor: Víctor Hugo Viega Quintero; sentencia del 3 de mayo de 2018, radicación: 05001-23-33-000-2014-01335-01(2094-17), actor: William Bermúdez Rodríguez; sentencia del 5 de julio de 2018, radicación: 76001-23-33-000-2013-000-2013-0598-01 (3720-2017), actor: Miguel Eustaquio Ramírez Carabalí; sentencia del 5 de julio de 2018, radicación: 19001-23-33-000-2015-00315-01 (3075-17), actor: Henry Horacio Getial Urbano; sentencia del 19 de julio de 2018, radicación: 52001-2331-000-2012-00174-01 (1869-2017), actor: Wilson Ovidio Díaz Gálvez; sentencia del 7 de marzo de 2019, radicación 25000-23-42-000-2015-02469-01(1607-2018), actor: Carlos Eduardo Matiz Ramírez; sentencia del 22 de octubre de 2018, radicación: 05001-23-33-000-2013-01790-01 (4188-17), actor: José Gabriel Quintero Sabogal, De la Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación: 19001-23-33-000-2016-00023-01(0109-17), actor: Olman Albeiro Caicedo Camilo.

⁴ Sobre el valor normativo formal de la doctrina judicial se puede consultar la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional.



13001-33-33-012-2013-00358-01

A su vez la Corte Constitucional ha señalado en reiteras ocasiones que, a título indemnizatorio, solo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, pues de lo contrario conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período.

En el presente caso al actor le fueron canceladas las sumas que por concepto de restablecimiento del derecho se reconocieron en la providencia que ordenó su reintegro al servicio, por lo que se concluye que tienen el carácter de salarios y prestaciones sociales, y por ello resultan incompatibles con las sumas que percibió por concepto de asignación de retiro.

En conclusión, en el presente asunto se configuraría la incompatibilidad prevista por el artículo 128 Constitucional, si demandante percibiera dos asignaciones de origen público: la primera a título de salarios y prestaciones sociales ordenados por un fallo judicial que declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso su retiro y, por otro, las mesadas percibidas como consecuencia de la asignación reconocida por CASUR luego del retiro.

- El hecho de que el primero de los pagos mencionados (salarios, prestaciones y demás emolumentos señalados en la sentencia) tenga carácter indemnizatorio, en nada afecta la legalidad del acto demandado, puesto que, como ha señalado la sentencia de unificación de la Corte Constitucional reseñada previamente, tales sumas provienen del tesoro público y están sujetas a la prohibición de doble asignación establecidas en el artículo 128 constitucional.

Por lo anterior, no se requiere una habilitación normativa adicional al artículo 128 superior, para que la entidad pagadora actúe bajo los parámetros constitucionales, incluso al dar cumplimiento a una sentencia judicial que no incluya dentro de su parte resolutive la orden de descuentos.

- Para la Sala no es de recibo el argumento del apelante según el cual el Juez A quo desconoció el precedente del Consejo de Estado que establecía la compatibilidad entre a) el pago de salarios y prestaciones reconocidas por los jueces administrativos a título de restablecimiento del derecho en los casos en que anulaban actos de desvinculación de miembros de la fuerza pública; y b) las mesadas derivadas de asignaciones de retiro de esos mismos servidores.

Lo anterior porque, si bien es cierto que en algunos fallos el Consejo de Estado adoptó el criterio enunciado, también ha adoptado el contrario, por las razones



13001-33-33-012-2013-00358-01

expuestas ampliamente en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia.

Una y otra posición pueden ser adoptadas en ejercicio de la autonomía e independencia del juez, quien posee herramientas jurídicas, tales como la doctrina, jurisprudencia, la interpretación y los principios constitucionales, para determinar en cada caso el sentido del fallo; sin que ello implique un ejercicio arbitrario, caprichoso o injustificado en la toma de sus decisiones.

La autonomía e independencia de los jueces reconocida por los artículos 228 y 230 constitucionales constituyen facultades otorgadas por el Estado, cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.

El ejercicio de tal autonomía impone una carga argumentativa suficiente, clara y explícita al aplicar e interpretar la ley, para apartarse de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

El Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que no puede predicarse un defecto en las decisiones de los jueces y tribunales en los casos en que no existe un criterio unificado por parte de aquélla Corporación, situación que ocasiona la presencia de diferentes posiciones entre las autoridades judiciales.

En el sub-lite es claro que el Juez de primera instancia adoptó una de las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado sobre la compatibilidad entre el pago de la indemnización y de la asignación de retiro y expuso argumentos a su favor, que resultan compatibles con la jurisprudencia que actualmente fue unificada por las Corte Constitucional mediante sentencia de tutela, cuya ratio decidendi resulta relevante y vinculante para el presente caso.

- Por último, la falta de contestación de la demanda por parte de la entidad demandada en el presente asunto no genera consecuencia alguna a fin de resolver de fondo la litis, pues la decisión no depende de la prueba de los hechos, dado que se trata en realidad de un asunto de pleno derecho.

Por lo anteriormente expuesto la Sala confirmará la sentencia apelada.

8.7. Costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



13001-33-33-012-2013-00358-01

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

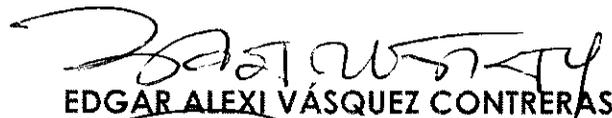
PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

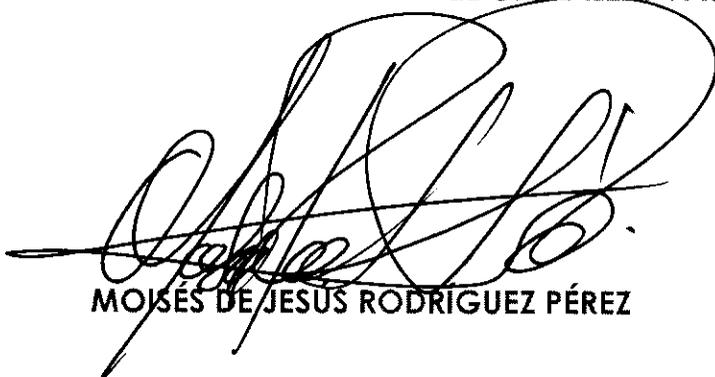
SEGUNDO: Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. - Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso