



351

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 7 de marzo de 2019

Expediente N°: 25000-23-42-000-2015-02469-01
N° Interno: 1607-2018
Demandante: Carlos Eduardo Matiz Ramírez
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹.
Asunto: Incompatibilidad asignación de retiro con sueldos y prestaciones pagadas por orden judicial / naturaleza de la orden de reintegro al servicio y pago de salarios sin descuentos.

Fallo de segunda instancia - Ley 1437 de 2011

I. ASUNTO

1. Decide la Sala² el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de noviembre de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, que negó las pretensiones de la demanda, encaminadas a la nulidad del acto administrativo que ordenó la devolución de lo pagado por concepto de asignación de retiro luego de haberse reintegrado aquel al servicio activo por orden judicial.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

2. El señor Carlos Eduardo Matiz Ramírez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la Resolución 5323 del 13 de junio de 2014, expedida por el Director de la Caja de CREMIL, a través de la cual, se le ordenó la devolución de la suma de \$34.638.471.00 que le fue pagada por concepto de asignación de retiro por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2013 y 20 de marzo de 2014; y de la Resolución 9849 del 2 de diciembre de 2014, signada por la misma autoridad, que rechazó los recursos gubernativos por extemporáneos.

¹ En adelante CREMIL

² Ingreso al Despacho para fallo el 7 de diciembre de 2018, folio 350.

3. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se le declare que el demandante no está en obligación de reintegrar la suma de \$34.638.471.00, y que se condene a la accionada al pago de daño emergente en monto de \$8.000.000.00, que corresponden a la asesoría jurídica necesaria para el presente proceso.

Fundamentos fácticos

La Sala, sintetiza los hechos narrados en la demanda así:

4. Señaló que mediante la Resolución 3918 del 10 de septiembre de 2008, el Ministerio de Defensa Nacional dispuso el retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios, decisión que demandó a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Informó que CREMIL le reconoció asignación mensual de retiro al demandante, a través de la Resolución 2670 del 22 de octubre de 2008, en cuantía del 85% de su sueldo básico y de las partidas legalmente computables a partir del 12 de diciembre de 2008.

6. Dijo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, mediante sentencia de 20 de agosto de 2013, revocó el fallo del 30 de julio de 2012, proferido por el Juzgado 7º Administrativo de Descongestión de Bogotá, y en su lugar, anuló el acto que retiró del servicio actor y en consecuencia ordenó su reintegro a las filas del Ejército Nacional, también condenó al Ministerio de Defensa al pago de salarios y prestaciones causados desde la desvinculación hasta el reintegro, y dispuso que de las sumas que resultaran a su favor no se podía descontar el valor que hubiera percibido por el ejercicio de otro empleo o por asignación de retiro.

7. Afirmó que mediante Decreto 318 del 18 de febrero de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional reintegró al actor, ascendiéndolo al grado de Coronel, previendo expresamente que tenía derecho al pago de salarios y prestaciones desde que se produjo el retiro hasta su reintegro.

8. Aseguró que CREMIL expidió la Resolución 5323 del 13 de junio de 2014, por medio de la cual ordenó al accionante la devolución de \$34.638.471.00 por

concepto de las mesadas de asignación percibidas entre el 3 de septiembre de 2013 y 20 de marzo de 2014.

Normas violadas y concepto de la violación

9. La parte demandante citó como fundamento de su demanda los artículos 29 y 209 de la Constitución Política; 3º, 69 y 93 del CPACA; 2º, 3º, 4º, y 36 del Decreto 4433 de 2004; 174 del Decreto 1212 de 1990 y 454 del Código Penal.

10. El concepto de violación lo hizo consistir en que, la Constitución Política consagra la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, pero que ésta tiene excepciones.

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

Sentencia de primera instancia.

12. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda sin imponer costas al demandante, con fundamento en las siguientes razones:

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

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

15. Precisó, que si bien las asignaciones de retiro son compatibles con sueldos de empleos públicos, no se puede perder de vista que en el caso se trató de un retiro consumado que perdió sus efectos al reintegrarse el actor sin solución de continuidad por virtud de orden judicial, y por ende, no se ajusta a la excepción de doble erogación con cargo al tesoro público, prevista en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

16. De este modo, concluyó que le asiste derecho a la Caja para ordenar la devolución de las asignaciones de retiro pagadas al demandante, puesto que al ser reintegrado y percibir salarios durante el tiempo que gozó de la prestación de retiro, esa situación implica que ostentaba al mismo tiempo la condición de retirado y de empleado; precisando que en todo caso la orden del tribunal al anular el acto de retiro del servicio y ordenar el pago de salarios sin descuentos, debe ser interpretada a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Recurso de apelación.-

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

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

19. Dijo que la sentencia que ordenó reintegrar al demandante dispuso expresamente, que no había lugar a descuento de lo que se hubiera percibido por el ejercicio de otro empleo público o por concepto de asignación de retiro, y que además, el tribunal desconoció que el reintegro se produjo 5 meses después de que se expidiera la sentencia que decretó la nulidad del acto de retiro.

20. Adujo que la incompatibilidad legal que nace de la doble erogación con cargo al erario, que sustenta la decisión apelada, está relacionada con el concepto de

33

empleo y no el referido a asignaciones de retiro que en todo momento son asimilables al concepto de pensión y que está expresamente exceptuada de la prohibición en los artículos 19 y 20 de la Ley 4ª de 1992.

Alegatos de conclusión, y concepto del Ministerio Público.-

21. La parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, donde reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación. La parte demandada guardó silencio, y el **Ministerio Público** se abstuvo de emitir concepto.

III. CONSIDERACIONES

22. Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual formula el siguiente:

Problema Jurídico:

23. De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los cargos de la parte demandante en calidad de apelante único, le corresponde a la Sala determinar si con ocasión de la sentencia que ordenó el reintegro al servicio, es dable descontar u ordenar la devolución de los valores percibidos por concepto de asignación de retiro, teniendo en cuenta que al disponerse el restablecimiento del derecho se dijo que no se podía deducir lo que se hubiese percibido por el ejercicio de otro empleo público.

24. Bajo ese contexto, la Sala como en ocasiones recientes³ en relación con el problema jurídico planteado, se referirá, a los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de la asignación de retiro y de las Cajas de Retiro, ii) la prohibición de doble erogación con cargo al erario; iii) incompatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones pagadas por orden judicial de reintegro al servicio y, iv) el caso concreto.

³ Sentencias del 3 de mayo de 2018, exp. 0727-2016 y 2094-2017, y del 5 de julio de 2018, exp. 3075 y 3720 de 2017; con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

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

26. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas contenidas en los Decretos Leyes 2342 de 1971 y 2002 de 1984, la Ley 489 de 1998 y por el Acuerdo 08 del 03 de noviembre de 2016, "por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

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

28. En este sentido, se recuerda que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional es un organismo del sector central de la administración pública nacional que pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

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

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

354

Prohibición de doble erogación con cargo al erario.

30. Desde la Constitución de 1886 en el artículo 64 y posteriormente en la Constitución Política de 1991, en el artículo 128, se estableció la imposibilidad de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

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

32. Ese precepto constitucional fue desarrollado por el artículo 19⁵ de la Ley 4^a del 18 de mayo 1992⁶, en donde se señaló puntualmente los casos en los cuales se permite recibir de manera simultánea dos asignaciones provenientes del erario, incluyendo entre ellas las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.

33. No obstante, no reguló la hipótesis como en el *sub lite*, donde se debate las sumas ordenadas en la sentencia judicial que declaró la nulidad de un acto de retiro del servicio y en consecuente reintegro, con las percibidas como asignación de retiro.

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

⁵ **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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:
(...)

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

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

Incompatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones recibidos por orden judicial – carácter de restablecimiento de la condena que ordena el reintegro al servicio.

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

36. Al respecto, es propicio señalar que la nulidad y restablecimiento del derecho, es el mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular que por vía del derecho de acción permite «restablecer» a través de la sentencia, situaciones subjetivas afectadas por el acto ilegal. Por ello, el restablecimiento del derecho por excelencia comprende aquellas órdenes tendientes a retrotraer la condición perdida o desconocida por el acto anulado, reintegrando a la persona al cargo ocupado con pago de salarios y prestaciones, sin solución de continuidad, reconociendo el derecho que debió ostentarse en anterior oportunidad, entre otras.

37. De acuerdo con lo dicho, la orden estimatoria⁷ que profiere el juez administrativo dentro de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene efectos *ex – tunc*, es decir que su impacto se verifica aún sobre situaciones jurídicas que con el paso del tiempo se consolidaron de determinada forma, para retrotraerlas al estado inicial que en derecho debió corresponder. Así, cuando se ordena un reintegro, para todos los efectos legales la situación administrativa del reintegrado en el tiempo que estuvo cesante se convierte en servicio activo sin solución de continuidad.

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

⁷ Desde la óptica del derecho procesal, es la sentencia que accede las súplicas de la demanda.

reparar el daño.

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

40. Así las cosas, se tiene que la consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad dentro del ámbito del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un componente que permite distinguirla de la reparación, última que impone un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado despedido y que está consagrada como una figura adicional que también puede ser pretendida por quien instaura el medio; sin embargo, tal situación no comporta que una y otra puedan equipararse y decretarse indistintamente.

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

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

⁸ <http://dle.rae.es>

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

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

45. En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 1153-2004, determinó que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio y por ello, las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público se hubiesen recibido durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro, no contraviene el precepto 128 Superior.⁹

⁹ Sobre estos aspectos textualmente indicó: "Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

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

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

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

(...)

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el

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

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

48. Es importante recordar que la providencia de la Sala Plena, también contempló que la orden de los descuentos por el período comprendido entre la remoción y el reintegro exige una adecuada y rigurosa valoración probatoria por parte del juez, de acuerdo con las especificidades de cada caso particular con base en los criterios de razonabilidad y equidad.

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

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

51. Para ejemplificar un caso diferente, se expone la situación que se presenta

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

52. De esta manera, vale la pena distinguir que la situación que aquí se analiza es diferente a la estudiada en la referida sentencia, por las siguientes razones:

52.1 En la sentencia de Sala Plena, la Corporación decidió la nulidad del acto de retiro por supresión del cargo de una servidora de carrera de la Contraloría General de República y dispuso que no se le descontaran las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro.

52.2 En esa ocasión se determinó la compatibilidad frente al sueldo ordenado en la sentencia a título de restablecimiento del derecho y los que se hubiesen percibido por otra vinculación laboral, escenario en el que se desarrollaron relaciones entre entidad empleadora y servidor beneficiario; a diferencia de lo que aquí ocurre, en donde se verifica la incompatibilidad entre sueldo y asignación de retiro, donde concurren la entidad empleadora y la caja de retiro.

52.3 De lo anterior, se evidencia que los conceptos de asignación de retiro y salario son diferentes. En efecto, el primero goza de una naturaleza prestacional que tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que obedece a la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares, susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad del Sistema General de Seguridad Social; mientras que el segundo, es toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, conforme lo ha definido la

jurisprudencia de ésta Corporación¹⁰.

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

Caso concreto.-

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

54. La Sala observa que el demandante, en condición de Teniente Coronel del Ejército Nacional, fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios, mediante la 3918 del 10 de septiembre de 2009, proferida el Ministerio de Defensa¹¹.

55. También se estableció que mediante la Resolución 2670 del 22 de octubre de 2008, CREMIL reconoció asignación mensual de retiro al demandante, a partir del 12 de diciembre de 2008, en cuantía del 85% de las partidas computables, teniendo en cuenta un tiempo de servicio de 24 años, 4 meses y 11 días¹².

56. De otra parte, el accionante demandó la nulidad del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, obteniendo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E en Descongestión sentencia favorable del 20 de agosto de 2013¹³.

57. En dicho fallo, a título de restablecimiento, se condenó al Ministerio de Defensa, a reintegrar al accionante al mismo cargo o a otro de igual categoría, sin solución de continuidad y al pago de todos los salarios y prestaciones sociales

¹⁰ Ver, entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés de 9 de febrero de 2017.

¹¹ Conforme se plantea en la sentencia 20 de agosto de 2013, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E en descongestión, exp. 11001333101020090001901, folios 14 a 45.

¹² Folios 107 a 108.

¹³ Folios 14 a 45.

causados por la desvinculación. Conforme al resuelve, no se podían efectuar descuentos de los emolumentos que hubiera percibido y que se hubiesen generado por ejercer otro cargo público, o por asignación de retiro, durante el periodo cesante.

58. El Ministerio de Defensa, en cumplimiento de la referida sentencia, expidió el Decreto 318 del 18 de febrero de 2014, por la cual dispuso el reintegro del demandante, declarando que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, ascendiéndolo al grado de Coronel con novedad fiscal a partir del 6 de diciembre de 2008, e informándole que tenía derecho al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el periodo en que estuvo desvinculado¹⁴.

59. A través del Decreto 808 del 28 de abril del 2014, el demandante fue retirado del servicio por solicitud propia, con efecto a partir del 28 de abril de 2014¹⁵.

60. CREMIL, mediante Resolución 5025 del 6 de junio de 2014, extinguió la asignación de retiro inicialmente reconocida al actor por Resolución 2670 del 22 de octubre de 2008, y al considerar su reintegro por orden judicial, de nuevo le otorgó asignación retiro en monto del 95% de sueldo de actividad correspondiente a su grado de Coronel, incluyendo las partidas computables de acuerdo con la ley. Para ello, consideró un tiempo total de servicio de 29 años, 9 meses y 4 días de servicio¹⁶.

61. Enterada de lo anterior, CREMIL expidió la Resolución 5323 del 13 de junio de 2014, ordenándole al demandante el reintegro de \$34.638.471.00, que le fueron pagados a título de asignación de retiro durante el lapso comprendido entre el 3 de septiembre de 2013 al 28 de febrero de 2014¹⁷.

62. Pues bien, la Sala observa que el ente previsional CREMIL no fue parte dentro del proceso que determinó el reintegro del servicio del demandante y que en esa oportunidad no se discutió la asignación de retiro que se le reconoció, de manera que ante el desaparecimiento del fundamento de hecho de la decisión, es decir, de la condición de retirado de aquel, conforme a su objeto misional, la

¹⁴ Folios 128 y reverso.

¹⁵ Folios 129 y reverso.

¹⁶ Reverso folio 125 a 127.

¹⁷ Folios 2 y 3.

358

entidad demandada revocó el reconocimiento, y dispuso de uno nuevo en consideración de la nueva situación, esto es, el tiempo total de servicio, incluido el posterior al reintegro.

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

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

65. En el caso estudiado, tal obligación cobra mayor importancia debido a que el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consagra un régimen prestacional especial, conformado por un conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie de prestaciones a favor de los servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con mejores condiciones que permiten acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un riesgo latente, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política.

66. Ahora, atendiendo los criterios de razonabilidad y equidad, fijados en la plurimencionada sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29

de enero de 2008, Magistrado Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, la Sala observa que el Ministerio de Defensa a través de acto de ejecución¹⁸ y aunque en el expediente no esté su cuantía, reconoció al demandante salarios y prestaciones desde su retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios hasta su efectivo reintegro, debidamente actualizados.

67. La Sala evidenció que el demandante percibió asignación de retiro a cargo de CREMIL porque reunió los requisitos para ser beneficiario de la prestación y también que le fueron ordenados los salarios y prestaciones sociales causadas durante el periodo cesante, que ello se hizo a título de restablecimiento del derecho, como consecuencia de la nulidad del acto de retiro del servicio y de la orden de reintegro, respecto de los cuales se concluye que no pierden el carácter de salario, de manera que resultan incompatibles con las sumas que percibió por concepto de asignación de retiro.

68. Además, es necesario tener en cuenta que al momento de proferir la sentencia que anuló la decisión de retiro, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, no analizó que al demandante se le había reconocido asignación de retiro. En consecuencia, al disponer el restablecimiento, se dijo que no se podía descontar lo que hubiere percibido por el ejercicio de otro empleo público entre el momento del retiro y la efectiva reincorporación al cargo, ni de lo percibido por asignación de retiro, puesto que no se ventiló este hecho.

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

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

¹⁸ Resolución 318 del 18 de febrero de 2014, folio 47-48.

359

71. Así, atendiendo a las diferentes naturalezas jurídicas de las relaciones que ostentó el demandante, la primera laboral con el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la segunda, la de retirado con asignación de retiro a cargo de la CREMIL, la Sala considera que al recuperar la situación administrativa de servicio activo por restablecerse su derecho, no resultaba posible que también percibiera asignación de retiro porque por ese lapso de tiempo fue retribuido con los salarios y prestaciones que se le reconocieron en las sentencias judiciales que ordenaron reintegrarlo.

72. En suma, al concretarse el reintegro del demandante se restableció su condición inicial, es decir, la que ostentaba antes del acto de retiro. En consecuencia, la declaración de nulidad del acto administrativo retrotrajo las cosas a su estado anterior, máxime cuando el reintegro se dispuso sin solución de continuidad, de manera que se tiene como si nunca se hubiera separado del servicio, razón por la cual las sumas que recibió por concepto restablecimiento del derecho y las que percibió por asignación de retiro devienen en incompatibles. Incluso ese tiempo posterior, se tuvo como adicional para el nuevo reconocimiento y determinación de una cuantía superior de su asignación de retiro con el grado de Coronel, tal como se registró.

73. En conclusión, las sumas que percibió el actor por concepto de asignación de retiro son incompatibles con el pago que recibió como restablecimiento del derecho por la nulidad del acto de retiro del servicio y por eso no pueden acogerse las pretensiones de la demanda, imponiéndose los argumentos del *a quo* en el fallo apelado, razón por la cual se confirmará sin consideración adicional.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que **NEGÓ** las pretensiones de la demanda incoada por Carlos Eduardo Matiz Ramírez contra la

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

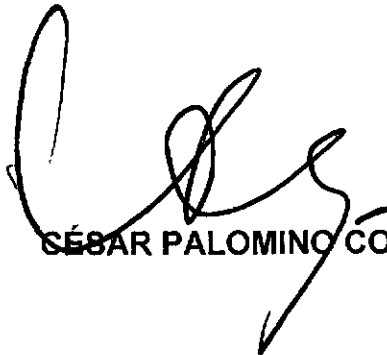
Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS



CARMELO PERDOMO CUÉTER