

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Objetivos. Finalidad / RETIRO DEL SERVICIO – La nulidad de este acto conlleva a una indemnización de perjuicios / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN MATERIA LABORAL – Liquidación: Se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió / DESCUENTO EN LA CONDENA – Salarios y prestaciones dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta el reintegro ostenta carácter indemnizatorio de perjuicios por ilegalidad del acto / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO – Inexistencia**

La Sala limitará su análisis a determinar si la orden de reintegro de lo pagado por la entidad demandada desde el 1° de julio de 1999 al 01 de noviembre de 2002 como asignación de retiro debe ser devuelto o no por el actor, pues mediante sentencia del 18 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ordenó el reintegro del actor, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar condenando a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales y demás adehalas y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio activo hasta el día de su reintegro considerando para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando un fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera retirado del servicio en forma ilegal, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. Sin embargo, el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal. Por tanto, considera la Sala que no se transgrede la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público consagrada en el artículo 128 de la Constitución, pues se repite la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir corresponden a la indemnización del daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

**INDEMNIZACION POR RETIRO DEL SERVICIO – Es el perjuicio irrogado al servidor al despedirlo ilegalmente / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS – Pago de lo dejado de percibir por despido ilegal / COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACION Y ASIGNACION DE RETIRO – Procedente**

No puede entonces, aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de los salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, en razón a que el empleo cuyo pago se ordenó efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores recibidos por el actor a título de indemnización, es el perjuicio irrogado al servidor al despedirlo ilegalmente, a sabiendas de que el servicio en verdad no se prestó. Al respecto, en anterior oportunidad la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 29 de enero de 2008 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante radicación número 76001 23 31 000 2000 02046 02, Actor: Amparo Mosquera Martínez señaló: "...Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política. El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley." En este orden de ideas, es clara la compatibilidad existente entre las sumas percibidas a título de indemnización por el actor a saber 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 percibidos ante el reconocimiento de la asignación de retiro, y así entonces, mal podía la entidad demanda exigir la devolución de las sumas que a título de asignación de retiro le fueron pagadas al demandante, como erróneamente lo dispuso en el acto acusado y por tanto debe ser parcialmente declarado nulo.

*CONSEJO DE ESTADO*  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008).

**Radicación N°: 25000 23 25 000 2003 08975 01 (8239-05)**

**Actor: GUSTAVO RINCÓN RIVERA**

**Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**

***I. ANTECEDENTES***

**1. LA ACCIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 8 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso instaurado por el señor Gustavo Rincón Rivera contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

## 2. PRETENSIONES

El señor Gustavo Rincón Rivera, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de los artículos 2°, 4°, 5° y 6° de la Resolución No. 0969 de 9 de abril de 2003, que disponen:

*“ARTÍCULO 2°. Ordenar el reintegro de la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA (sic) Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 177.773.344) valor que el Coronel ® de Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, recibió de la Entidad por concepto de asignación de retiro, entre el periodo de 01 de julio de 1999 a 01 de noviembre de 2.002, suma que deberá ser descontada del valor que el Ejército Nacional le cancele al citado oficial por haber sido reintegrado al servicio activo, lo anterior de conformidad con la certificación expedida por la sección de Liquidación y Control de Nómina de la Caja, y a lo expuesto en la parte motiva del presente acto. ARTÍCULO 4°. Copia de la presente resolución deberá ser enviada al Ministerio de Defensa y a la División de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con el propósito de hacer efectivo el reintegro a favor de la caja de Retiro de las Fuerzas Militares. ARTÍCULO 5°. Disponer que en el evento que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, no efectuó (sic) el reintegro a esta Entidad de los valores descritos en el numeral 2 de la parte resolutive estos serán pagados directamente por el Señor Coronel ® del Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, o en su defecto se procederá al cobro por Jurisdicción Coactiva. ARTÍCULO 6°. La presente resolución presta mérito ejecutivo para efectos de cobro coactivo.”; y de la Resolución confirmatoria No. 2178 de 9 de julio de 2003, ambas expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”*

A título de restablecimiento del derecho solicitó declarar que no está obligado a reintegrar la suma de ciento setenta y siete millones

setecientos setenta y tres mil trescientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 177.773.344) valor que recibió entre el 1 de julio de 1999 y el 1 de noviembre de 2002 y condenar en costas a la entidad demandada

### **3. FUNDAMENTOS FACTICOS**

Los hechos que cita el peticionario como fundamento de sus pretensiones en forma resumida son los siguientes:

Mediante providencia de 18 de enero de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó a la Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reintegrar al demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando en la carrera militar, previo llamamiento a curso de altos estudios; considerándolo en actividad para todos los efectos legales; declarando la no solución de continuidad en el servicio y ordenando reconocerle salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir como oficial que se ha de considerar en actividad.

Como el fallo mencionado no fue cumplido en su totalidad por la entidad demandada, el actor interpuso acción de tutela ante el Tribunal quien decidió tutelar los derechos al debido proceso y por conexidad al acceso efectivo a la administración de justicia, razón por la cual ordenó llamar a curso de altos estudios al señor Rincón Rivera, providencia que fue confirmada por el Consejo de Estado en segunda instancia.

Mediante la Resolución N°. 0969 del 9 de abril de 2003, el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reintegro de las sumas percibidas por el demandante por concepto de asignación de retiro; y que dichos dineros pasaran a los recursos propios de la Caja y en su defecto dispuso que la suma establecida como pagada por concepto de asignación de retiro, sea devuelta directamente por el Coronel Rincón Rivera.

Contra la decisión anterior se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 2178 de 9 de julio de 2003, que confirmó en todas sus partes la decisión inicial.

#### **4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Cita como normas violadas los artículos 6, 25, 29, 90, 121 y 128 de la Constitución Política; 174, 175 y 176 del Código Contencioso Administrativo. Consideró que la Constitución Política prevé la protección especial al derecho al trabajo, al debido proceso y establece la responsabilidad patrimonial del Estado por acción u omisión de la administración.

La División de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional interpretó erróneamente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues el actor siempre mantuvo su condición de militar en

actividad y no de retirado y por ello se ordenó el “restablecimiento del derecho” y no la “indemnización”.

Adujó que una cosa es la fuente de la asignación de retiro y otra la condena que a título de restablecimiento ordenó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues la primera es la retribución de la relación laboral y la otra el resarcimiento que por actos ilegales ordena el juez.

## **5.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por intermedio de su representante legal, procedió a dar contestación al libelo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Manifestó que el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares adelanta todas las actuaciones administrativas con sujeción a la normatividad vigente y aplicable a las Fuerzas Militares, por lo que los actos acusados gozan de presunción de legalidad.

Señaló que para el reconocimiento de una asignación de retiro es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto Ley 1211 de 1990 artículo 163, como son el retiro del servicio activo, la determinación de una causal de retiro y el tiempo de servicio prestado, entre otros. Por tanto la declaratoria de nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio activo al demandante, conlleva a que él nunca hubiera adquirido el status de militar en

retiro, requisito sine qua non para el reconocimiento de la asignación de retiro. Así, la Caja debió adelantar las actuaciones administrativas tendientes a restablecer el ordenamiento jurídico, extinguiendo la asignación de retiro y ordenando el reintegro de las sumas percibidas por el demandante.

## ***6. LA SENTENCIA RECURRIDA***

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 8 de abril de 2005, negó las súplicas de la demanda. Manifestó que no hay duda que el constituyente de 1991, quiso prohibir la doble asignación del tesoro público, como remuneración, y las excepciones dispuestas en la Ley, como bien lo anota la entidad demandada, no corresponden al caso que ahora se examina, donde con los actos demandados, se ordenó esencialmente la extinción de la asignación de retiro, medida que se halla incólume en el ordenamiento, puesto que no fue impugnada por el demandante quien solamente se opuso al cobro de los valores pagados por ese mismo concepto, una vez que la justicia contenciosa ordenó su reintegro al servicio activo.

Señaló que la situación fáctica que se ha revisado respecto de la situación laboral administrativa del demandante a la fecha de presentación de la demanda, no ofrece discusión alguna y en ella las partes intervinientes coinciden y aceptan que el Coronel Gustavo Rincón Rivera, por orden judicial fue reintegrado al servicio activo, por lo que no tiene la calidad de oficial en retiro. Esto es que el acto que ordena la extinción de la pensión de

retiro que le había sido concedida por haber sido retirado del servicio, se ajusta a la legalidad y consolida la situación administrativa del oficial en actividad ordenada en la sentencia que exigió el reintegro y el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir en actividad, sin solución de continuidad.

Afirmó que en el presente caso el asunto a definir es si la orden de reintegro de lo pagado como asignación de retiro por la entidad demandada, debe ser devuelto o no por el demandante, quien percibió esas sumas, durante el mismo tiempo que le pagarán, o le han pagado, salarios y prestaciones ordenadas en la sentencia que también dispone que el señor Coronel, para todos los efectos legales, no ha tenido solución de continuidad en el servicio activo.

Indicó que de la situación fáctica y de las normas sobre la materia es claro que las remuneraciones que reciban a título de salarios y prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales en retiro, son incompatibles con la remuneración por los servicios de los citados servidores en actividad. En conclusión, un oficial o suboficial que percibe salarios y prestaciones sociales por el servicio activo, no puede recibir asignación de retiro sin contravenir el artículo 128 de la Constitución, que prohíbe la doble asignación.

Señaló que de la norma constitucional y los artículos 128 y 164 del Decreto Ley 1211 de 1990, se deduce la incompatibilidad entre remuneración en

actividad y remuneración por asignación de retiro, las dos no pueden coexistir, luego entonces, sino se discute la extinción de la asignación de retiro porque el demandante se considera para todos los efectos legales en actividad, los pagos hechos a título de asignación de retiro, durante el mismo tiempo que recibió o recibirá salarios, aumentos salariales y prestaciones sociales de orden judicial de reintegro modificó automáticamente la situación administrativa de retiro, tan es así que llevó a la entidad a precisarlo en el acto extinguiendo la asignación de retiro, no discutida.

Concluyó, que los valores pagados resultan incompatibles con el pago de salarios en la misma época y por tanto, le asiste el derecho a la entidad demandada para exigir la devolución de las sumas que a título de asignación de retiro le fueron pagadas al demandante, como bien lo dispuso en las decisiones que se impugnan las cuales no son contrarias a la Constitución o las leyes, por tanto deben permanecer incólumes en el ordenamiento.

## **7. LA APELACIÓN**

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y solicitó su revocatoria. Señaló que la sentencia que ordenó el reintegro del actor al servicio activo de la institución proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en ninguno de sus apartes ordenó el reintegro de suma alguna, por lo tanto la Resolución No. 0969 de 2003, objeto de esta litis, va en contravía de la

sentencia ya ejecutoriada que no fue objeto de apelación por la parte demandada.

Anotó que la resolución demandada desconoce lo que ordenó el Tribunal al decretar reintegro del actor a la entidad e intenta privar del resarcimiento que él impuso. La sentencia ejecutoriada en ninguna parte ordena el reintegro de sumas a la entidad y, se repite, esta sentencia no fue objeto de recurso de apelación por la parte demandada, aceptando de esta manera las pretensiones de la demanda, atando a las partes al cumplimiento del fallo y dejando consecuencias a la parte vencida.

## **8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

La parte actora al presentar su alegatos trajo a colación la sentencia S-638 del 26 de agosto de 1996, mediante la cual se precisó que el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena una sentencia, tiene carácter indemnizatorio ya que busca reparar el perjuicio que irrogó el acto declarado nulo.

Señaló que con ocasión de la providencia en mención, el Tribunal al ordenar el reintegro al cargo y grado en la carrera militar y el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar, omitió ordenar descuentos de ninguna naturaleza.

Indicó que en este orden de ideas es claro que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el acto aquí atacado al ordenar el reintegro de las sumas, incurrió en desacato de una sentencia debidamente ejecutoriada, pues no existe en el ordenamiento jurídico disposición que autorice a las autoridades de Estado el reintegro de lo percibido por asignación de retiro en los términos dispuestos en los actos acusados, motivo por el cual su ilegalidad es evidente, por ende es procedente su declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

Por su parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares precisó que no le asiste razón al demandante al solicitar la nulidad del acto acusado por cuanto pretende devengar asignación de retiro y sueldo de actividad por un mismo periodo, lo cual resulta improcedente toda vez que la entidad demandada se somete a las normas previstas en su régimen especial para los miembros de las Fuerzas Militares, por lo tanto los actos administrativos proferidos en el caso bajo estudio se encuentran ajustados a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad y en consecuencia negar las súplicas de la demanda.

Indicó que para el reconocimiento de una asignación de retiro, se encuentran establecidos como requisitos indispensables, el retiro del servicio activo, la determinación de una causal de retiro y el tiempo de servicio prestado, entre otros.

Señaló que con la declaratoria de nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio al actor, se tiene que éste nunca adquirió el status de militar en retiro, requisito sine qua non para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues dados los efectos retroactivos de la declaratoria de nulidad, se considera que siempre ostento la calidad de militar activo, prueba de ello es el reconocimiento de todos los sueldos y haberes dejados de percibir durante este periodo.

Adujó que dado que dentro de las características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra que la sentencia produce efectos retroactivos, es decir que al declarar la nulidad de un acto administrativo, se presume que éste nunca ha existido; pues se entiende que con la declaratoria de nulidad de los actos con los cuales se retiró del servicio activo al actor, éste siempre mantuvo la situación militar en actividad y no de militar retirado.

Agotado el trámite procesal y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a definir el asunto bajo las siguientes:

## ***II. CONSIDERACIONES DE LA SALA***

El señor Gustavo Rincón Rivera, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de los artículos 2°, 4°, 5° y 6° de la Resolución No. 0969 de 9 de abril de 2003, que disponen:

*“ARTÍCULO 2°. Ordenar el reintegro de la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA (sic) Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 177.773.344) valor que el Coronel ® de Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, recibió de la Entidad por concepto de asignación de retiro, entre el periodo de 01 de julio de 1999 a 01 de noviembre de 2.002, suma que deberá ser descontada del valor que el Ejército Nacional le cancele al citado oficial por haber sido reintegrado al servicio activo, lo anterior de conformidad con la certificación expedida por la sección de Liquidación y Control de Nómina de la Caja, y a lo expuesto en la parte motiva del presente acto. ARTÍCULO 4°. Copia de la presente resolución deberá ser enviada al Ministerio de Defensa y a la División de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con el propósito de hacer efectivo el reintegro a favor de la caja de Retiro de las Fuerzas Militares. ARTÍCULO 5°. Disponer que en el evento que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, no efectuó (sic) el reintegro a esta Entidad de los valores descritos en el numeral 2 de la parte resolutive estos serán pagados directamente por el Señor Coronel ® del Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, o en su defecto se procederá al cobro por Jurisdicción Coactiva. ARTÍCULO 6°. La presente resolución presta mérito ejecutivo para efectos de cobro coactivo.”; y de la Resolución confirmatoria No. 2178 de 9 de julio de 2003, ambas expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”*

La Sala limitará su análisis a determinar si la orden de reintegro de lo pagado por la entidad demandada desde el 1° de julio de 1999 al 01 de noviembre de 2002 como asignación de retiro debe ser devuelto o no por el señor Gustavo Rincón Rivera, pues mediante sentencia del 18 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ordenó el reintegro del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar condenando a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reconocer y pagar los salarios y

prestaciones sociales y demás adehalas y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio activo hasta el día de su reintegro considerando para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Ahora bien, el artículo 85 del C.C.A. reza:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

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

esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

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

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

El artículo 128 de la Carta Política dispone:

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

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

No puede entonces, aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de los salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, en razón a que el empleo cuyo pago se ordenó efectivamente no se desempeño, porque la razón del reconocimiento de estos valores recibidos por el actor a título de indemnización, es el perjuicio irrogado al servidor al despedirlo ilegalmente, a sabiendas de que el servicio en verdad no se prestó.

Al respecto, en anterior oportunidad la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 29 de enero de 2008 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante radicación número 76001 23 31 000 2000 02046 02, Actor: Amparo Mosquera Martínez señaló:

“Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

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

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.”

En este orden de ideas, es clara la compatibilidad existente entre las sumas percibidas a título de indemnización por el actor a saber 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 percibidos ante el reconocimiento de la asignación de retiro, y así entonces, mal podía la entidad demanda exigir la devolución de las sumas que a título de asignación de retiro le fueron pagadas al demandante, como erróneamente lo dispuso en el acto acusado y por tanto debe ser parcialmente declarado nulo.

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 y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**1) REVÓCASE** la sentencia de 8 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Gustavo Rincón Rivera contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En su lugar se **DISPONE**:

**2) DECLÁRASE** la nulidad de los artículos 2°, 4°, 5° y 6° de la Resolución No. 0969 de 9 de abril de 2003, que disponen:

*"ARTÍCULO 2°. Ordenar el reintegro de la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA (sic) Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 177.773.344) valor*

*que el Coronel ® de Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, recibió de la Entidad por concepto de asignación de retiro, entre el periodo de 01 de julio de 1999 a 01 de noviembre de 2.002, suma que deberá ser descontada del valor que el Ejército Nacional le cancele al citado oficial por haber sido reintegrado al servicio activo, lo anterior de conformidad con la certificación expedida por la sección de Liquidación y Control de Nómina de la Caja, y a lo expuesto en la parte motiva del presente acto. ARTÍCULO 4°. Copia de la presente resolución deberá ser enviada al Ministerio de Defensa y a la División de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con el propósito de hacer efectivo el reintegro a favor de la caja de Retiro de las Fuerzas Militares. ARTÍCULO 5°. Disponer que en el evento que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, no efectuó (sic) el reintegro a esta Entidad de los valores descritos en el numeral 2 de la parte resolutive estos serán pagados directamente por el Señor Coronel ® del Ejército GUSTAVO RINCÓN RIVERA, o en su defecto se procederá al cobro por Jurisdicción Coactiva. ARTÍCULO 6°. La presente resolución presta mérito ejecutivo para efectos de cobro coactivo.”, y de la Resolución confirmatoria No. 2178 de 9 de julio de 2003, ambas expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”*

**3. DÉSE** cumplimiento a la presente providencia en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

**COPIÉSE, NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE**

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    JAIME MORENO GARCÍA**

***ALFONSO VARGAS RINCÓN***

25000 23 25 000 2003 08975 01 (8239-05) Actor: Gustavo Rincón Rivera.