

RENUNCIA EN LA POLICIA NACIONAL – Aceptación fuera de término. Falta de competencia / PENSION DE JUBILACION EN LA POLICIA NACIONAL – Reconocimiento sujeto al retiro del servicio

La Sala no desconoce que, en efecto, mediante escrito radicado el 5 de abril de 2000 el demandante, en su condición de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 adscrito al Departamento de Policía Huila había solicitado su retiro de la institución policial, prefiriendo el reconocimiento y disfrute de su pensión; sin embargo, al haber transcurrido más de 45 días sin que la administración se hubiera pronunciado respecto de ese escrito y habiéndose mantenido el demandante en servicio activo, la mencionada dimisión no surtía ya ningún efecto. Si bien es cierto, el artículo 33 del Decreto 1214 de 1990 consagra como causal de retiro del servicio el tener derecho a pensión, no fue esa la figura jurídica que aplicó el Ministro de Defensa para disponer el retiro del servicio, sino la aceptación de renuncia, decisión que debía enmarcarse dentro de los términos previstos en el artículo 27 ídem, so pena de no surtir efectos, tal como ocurrió. Así las cosas, la Sala deberá revocar la sentencia recurrida, anular la Resolución acusada y disponer el reintegro del demandante con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1214 DE 1990 – ARTICULO 27 / DECRETO 1214 DE 1990 – ARTICULO 33 / LEY 1214 DE 1990 – ARTICULO 27

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00199-02(0627-10)

Actor: WILLIAM ENRIQUE MORENO DIAZ

Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

APELACIÓN SENTENCIA AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, quien actúa en nombre propio, contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ solicita al Tribunal declarar nula la Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000, expedida por el Ministro de Defensa Nacional mediante la cual se aceptó la renuncia presentada al cargo de Auditor Auxiliar de Guerra, adscrito al Departamento de Policía del Tolima, por tener derecho a la pensión de jubilación, a partir del 21 de septiembre de 2000; así mismo, pide la nulidad del acto ficto producto del silencio de la administración respecto de la petición formulada el 3 de marzo de 2000 relacionada con el reconocimiento de la pensión policial por haber cumplido 20 años de servicio continuo a la institución.

Como consecuencia de tal declaración pide que se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía; pagar a su favor los salarios, subsidio familiar, primas, vacaciones y demás haberes devengados desde que se produjo la

desvinculación del servicio, actualizados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, en aplicación de lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.; declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; condenar en costas y gastos del proceso a la demandada y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ídem.

Relata el actor que nació el 23 de diciembre de 1958, que ingresó a laborar al servicio de la Policía Nacional el 3 de marzo de 1980.

Cuenta que fue designado a prestar sus servicios en la Justicia Penal Militar, dado de alta el 29 de septiembre de 1989 y designado como Auditor Auxiliar de Guerra adscrito al departamento de Policía del Huila en el mes de febrero de 1999, cargo que ocupó hasta el 11 de agosto de 2000, cuando fue suprimido.

Afirma que estuvo disfrutando de 95 días de vacaciones, que terminaron el 1º de septiembre de 2000 y según Resolución No. 1217 de agosto 12 de 2000 fue designado para desempeñarse como Auditor Auxiliar de Guerra, adscrito al Departamento de Policía del Tolima, del cual tomó posesión el 1º de septiembre de 2000.

Indica que el 3 de marzo de 2000 dirigió petición ante la

Dirección General de la Policía Nacional con miras al reconocimiento de su pensión policial por haber cumplido 20 años de servicio continuo a la institución, así mismo, requirió que se le permitiera continuar prestando los servicios a la entidad hasta la edad de retiro forzoso, en aplicación de lo dispuesto en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Señala que después de vencido el término de vacaciones forzadas, el 1º de septiembre de 2000 se enteró de su designación en el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra del Departamento de Policía del Tolima, cargo que fue aceptado mediante memorial de septiembre 1º de 2000 y del cual tomó posesión en esa misma fecha, previo el cumplimiento de las instrucciones dadas por el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional.

Señala que mediante Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000 se aceptó la presunta renuncia presentada por tener derecho a pensión a partir del 21 de septiembre de 2000.

Indica que la administración no ha resuelto la solicitud formulada el 3 de marzo de 2000 mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, con lo que se configura el acto administrativo negativo presunto.

Sostiene que la administración incurrió en falsa motivación al

aceptar una renuncia que nunca presentó, pues no era su intención dejar el cargo hasta completar la edad de retiro forzoso.

Considera que la administración incurrió en vulneración de normas constitucionales y legales, pues cuando reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación lo hizo con fundamento en la excepción prevista en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que le permitía continuar en el servicio público.

Sostiene que la administración guardó silencio ante la petición elevada el 3 de marzo de 2000, con lo cual quebrantó lo previsto en los artículos 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 32, 35, 40 y 60 del C.C.A. y el 23 Constitucional.

Estima que al haber demandado de la administración su permanencia en el cargo con fundamento en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y al no haber obtenido pronunciamiento al respecto, se cercenó la posibilidad de continuar en el servicio público, recibiendo la asignación de actividad hasta la edad de retiro forzoso y la pensión de jubilación simultáneamente.

Aduce que fue sorprendido por el nominador con la decisión contenida en la resolución acusada, en la que se aceptó su renuncia por tener derecho a la pensión de jubilación, a pesar de no haber presentado

un escrito en tal sentido; por el contrario, estaba convencido de que la administración estaba estudiando su petición de marzo 3 de 2000 y que por ello había sido nombrado en el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra adscrito al Departamento de Policía del Tolima, cargo que aceptó con la convicción de que la asignación recibida por el desempeño de las funciones le permitiría cubrir sus obligaciones familiares y necesidades personales.

Sostiene que nunca presentó en forma expresa e inequívoca un escrito mediante el cual manifestara su voluntad de separarse del servicio público en una determinada fecha y por ello el acto administrativo está afectado por falsa motivación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Sostuvo que en torno a la petición radicada por el actor el 3 de marzo de 2000, la administración le resolvió que para ser beneficiario de la pensión de jubilación era necesario hacer dejación de su cargo, motivo por el cual el demandante optó por el reconocimiento de su prestación.

Consideró que con la expresión de la voluntad del

demandante representada en el escrito de folio 84 se puede establecer que manifestó en forma escrita, voluntaria e inequívoca, la decisión de separarse del empleo, lo que desvirtúa el cargo de falsa motivación de que se acusa al acto demandado.

Sostiene que no es cierta la afirmación del demandante, según la cual su solicitud de 3 de marzo de 2000 no fue contestada, pues la administración la resolvió mediante Oficio No. 3049 de abril 5 de 2000, respecto de la cual el demandante manifestó su deseo de aceptar la pensión y renunciar al cargo desempeñado.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado del demandante la apeló en la oportunidad procesal. Precisa que la demanda se instauró contra el Ministerio de Defensa por falsa motivación respecto del acto administrativo que aceptó su renuncia y contra la Policía Nacional por el silencio administrativo en que incurrió al dejar de resolver oportunamente la solicitud de reconocimiento pensional.

Señala que la única que se pronunció en torno a la demanda fue la Policía Nacional pero no con el ánimo de desvirtuar los cargos contra el acto de aceptación de renuncia, pues ello era de resorte exclusivo del Ministerio de Defensa y no hizo pronunciamiento alguno en

relación con el silencio administrativo, de donde se puede afirmar que los demandados no contestaron la demanda.

Sostiene que el a quo tomó como fundamento de su decisión una renuncia que física y jurídicamente no existe, lo que llevó a un fallo desacertado, máxime cuando del examen cuidadoso del expediente surgen con evidencia los hechos que demuestran los cargos que se endilgaron a los actos demandados.

Afirma que en el expediente no obra material y físicamente la presunta renuncia con base en la cual se profirió el acto administrativo de aceptación de la misma y que se haya dirigido al Ministro de Defensa, funcionario con competencia, facultad y capacidad jurídica para resolver acerca de ella.

Comenta que el escrito dirigido al Director General de la Policía Nacional de fecha 5 de abril de 2000 en el que solicitó el retiro de la institución policial no surtía ningún efecto al momento en que se produjo el acto administrativo, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Decreto 1214 de 1990, que rigió hasta el 13 de septiembre de 2000, la administración disponía de 45 días para pronunciarse, so pena de no producir efectos y como dicho término venció el 20 de mayo de 2000, a partir del 21 de mayo el Director General de la Institución Policial perdió competencia para pronunciarse al respecto y tampoco la

tenía el Ministro de Defensa, máxime cuando el acto administrativo se expidió 165 días después de presentado el escrito.

Precisa que mediante Decreto 1514 de agosto 11 de 2000, se suprimió el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 del Departamento de Policía del Huila que venía desempeñando, es decir, a partir del 11 de agosto de 2000 se le ubicó fuera del servicio; por lo tanto, si en ese momento el escrito de solicitud de separación de la institución hubiera estado vigente, habría dejado de existir, por sustracción de materia, pues el objeto de la petición ya había desaparecido.

Aclara que la solicitud de retiro de la institución policial iba dirigida al Director General de la Policía Nacional y no al Ministro de Defensa, pues pertenecía a la nómina de la institución policial; además, hacía alusión a la desvinculación del cargo de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 del Departamento de Policía del Huila y no al cargo de Auditor de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, cargo que sí corresponde a la nómina del Ministerio de Defensa; por tales razones, considera que solo la Policía Nacional tenía competencia para pronunciarse respecto de tal solicitud, siempre y cuando lo hiciera dentro de la oportunidad que la ley consagra.

Destaca que nunca renunció a la nueva relación legal y reglamentaria con el Ministerio de Defensa Nacional y por ello, el Ministro

no tenía facultad para resolver ninguna solicitud de retiro y menos cuando en el escrito en que solicitó su retiro de la Institución no se refería al cargo que ostentaba en la relación laboral mantenida con el Ministerio.

Afirma que de acuerdo con lo expuesto por el a quo, si bien de conformidad con lo previsto en la Ley 4ª de 1992 tenía la potestad de continuar laborando en la Institución y, a su vez, devengar la pensión, la reincorporación al servicio era potestativa de la administración, situación que, a su juicio, se materializó con la decisión del Ministerio de Defensa de nombrarlo y posesionarlo en su planta de cargos al servicio de la Justicia Penal Militar como Auditor Auxiliar adscrito a la Policía Nacional, para prestar su servicio activo y con ello se accedió a su deseo de permanecer en servicio activo.

Considera incoherente la argumentación del a quo, según la cual al solicitar el retiro de la institución, estaba renunciando a desempeñar cualquier cargo en ella, pues si bien su deseo de disponer el retiro del servicio estuvo fundamentado en el querer gozar la pensión de jubilación, el escrito mediante el cual aceptó el nombramiento del Ministerio de Defensa Nacional dejó sin efecto la presunta renuncia a desempeñar cualquier cargo en el ente demandado.

Expresa su inconformidad con la decisión de no declarar la ocurrencia del silencio administrativo respecto de la petición en que requirió la pensión y la continuidad en el ejercicio del cargo, pues la

respuesta que la administración debió emitir no puede confundirse con el concepto emitido por el Jefe de Prestaciones Sociales, contenido en el oficio de abril 5 de 2000, máxime cuando la petición fue dirigida al nominador y no a quien se encarga de procesos de los pensionados.

Aclara que la Resolución No. 4024 de noviembre 24 de 2000 mediante la cual la Policía Nacional reconoció su pensión de jubilación a partir del 22 de noviembre de 2000 se fundamenta en la resolución de aceptación de renuncia, la misma que, según lo expuesto, está afectada por falsa motivación; además, el reconocimiento de la prestación debió ocurrir desde el 11 de agosto de 2000 cuando se produjo la desvinculación por decisión de la administración, en cuanto suprimió el cargo que desempeñaba.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las peticiones de la demanda. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

En el expediente obra prueba de que mediante escrito de abril 5 de 2000 el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación y, como consecuencia de ello, el retiro del servicio; sin embargo,

también obra prueba de que solicitó la aplicación de la excepción prevista en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 de modo que pudiera continuar en el servicio y devengar simultáneamente la pensión y la asignación por el servicio, hasta completar la edad de retiro forzoso.

A pesar de que es discrecional la decisión de aceptar o no la continuidad en el servicio público y la percepción simultánea de la pensión, al no haber pronunciamiento en torno a tal solicitud dentro del término que concede la ley, el actor podía continuar en el ejercicio de su cargo y no era necesario que retirara la solicitud de desvinculación pues ella ya había quedado sin efecto, además, como la aceptación de la renuncia se produjo vencido el término con que contaba la administración para pronunciarse sobre ella, se concluye que el acto está viciado.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de la Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000 expedida por el Ministro de Defensa Nacional, mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por William Enrique Moreno Díaz al cargo de Auditor de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, a partir del 22 de septiembre de 2000 y del silencio de la Policía Nacional como resultado de la omisión en dar respuesta a la

petición formulada el 3 de marzo de 2000.

El demandante laboró al servicio de la Policía Nacional desde el 3 de marzo de 1980, según se desprende de la documental visible a folio 104 del expediente.

Estando en el ejercicio del cargo de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 de la Justicia Penal Militar en el Departamento de Policía del Huila, dirigió solicitud de fecha marzo 3 de 2000, con destino al Director General de la Policía Nacional, en la cual solicitó el reconocimiento de la pensión policial a partir del 3 de marzo de 2000, teniendo en consideración que cumplió 20 años de servicio; así mismo, solicitó continuar prestando sus servicios como funcionario de la Justicia Penal Militar, al amparo de lo dispuesto en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y conforme a la sentencia proferida el 27 de mayo de 1999 por el Consejo de Estado en el expediente No. 11.998.

El Jefe de Procesos de Pensionados de la Oficina Secretaría General Grupo de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, atendió la solicitud anterior mediante oficio No. 3049 GRUSO-UNPEN/2730 de abril 5 de 2000 (fls. 82 y 83) en donde informó que el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 señala como requisito fundamental para el reconocimiento pensional estar retirado de la institución, requisito que no cumple toda vez que aún ostenta la calidad de servidor público; así mismo, señaló que

la sentencia del Consejo de Estado invocada en la solicitud tiene efectos solo para su destinatario; finalmente, indicó que la posibilidad de tomar posesión de un nuevo cargo sin renunciar a la pensión solo surge cuando se ha producido el retiro de la institución y se ha reconocido pensión de jubilación, caso en el cual es la Dirección de Recursos Humanos la competente para hacer pronunciamiento al respecto. De lo anterior concluyó que una vez producido el retiro definitivo de la institución se tramitaría el reconocimiento y pago de la pensión.

La Sala considera que la respuesta anterior satisface la petición formulada por el demandante y que si bien es cierto no fue resuelta por el propio Director General de la Policía Nacional, sino por el Jefe de Procesos de Pensionados, ello no implica que se haya producido un silencio por parte de la administración, pues el Director General tiene la potestad de delegar a quien él considere que puede dar respuesta a las solicitudes que a él se dirijan, de acuerdo con la especialidad a que se refiera la reclamación y, como en este caso se trataba de una reclamación de carácter pensional, fue tramitada por el Jefe de Procesos de Pensionados.

Si bien es cierto la respuesta anterior no resolvió de fondo la solicitud de reconocimiento pensional, en ella se instruyó al demandante en el sentido de que hasta tanto no se produjera su desvinculación del servicio, no sería tramitada la solicitud prestacional.

Así las cosas y como bien lo decidió el a quo, no había lugar a declarar la ocurrencia del silencio administrativo, pues la administración sí resolvió la referida petición.

Una vez enterado de la respuesta anterior, mediante escrito de fecha abril 5 de 2000 (fl. 84) el demandante solicitó al Director General de la Policía Nacional que se dispusiera su retiro de la Institución Policial.

La Dirección General de la Policía Nacional, debió resolver la solicitud de retiro presentada por el actor dentro del término de 45 días¹, so pena de tenerse como no presentada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley 1214 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional", que indica:

"ARTÍCULO 27. ACEPTACION DE LA RENUNCIA. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente, deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a cuarenta y cinco (45) días calendario de su presentación. Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono de empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno."

¹ Días que se contabilizan como hábiles, al tenor de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 que consagra: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario..."

En el caso analizado, la Dirección General de la Policía Nacional debía pronunciarse en relación con la solicitud de retiro formulada por el actor a más tardar el 13 de junio de 2000, toda vez que la solicitud fue radicada el 5 de abril de ese mismo año (fl. 84), de modo que si al 14 de junio el demandante continuaba prestando su labor, la renuncia al cargo tendría que tenerse por no presentada, al tenor de lo consagrado en la precitada ley.

En efecto, el demandante continuó en el ejercicio de su cargo e hizo uso del disfrute de vacaciones por el término de 95 días, venciéndose tal periodo el último día de agosto de 2000, razón por la cual se presentó el 1º de septiembre de 2000 a reintegrarse a su cargo (fl. 99).

Durante el periodo de disfrute de vacaciones del actor, el Gobierno Nacional profirió el Decreto No. 1513 de 2000 (fls. 86 a 88) mediante el cual modificó la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Justicia Penal Militar; además, mediante Decreto No. 1514 de agosto 11 de 2000 (fls. 90 a 92), se suprimieron algunos empleos de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional que desempeñaban sus cargos en la Justicia Penal Militar, al servicio tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional, entre ellos, se suprimieron 45 cargos de Auditor Auxiliar de Guerra al servicio de la Policía Nacional, como el que desempeñaba el demandante.

Las decisiones anteriores estuvieron motivadas por la entrada en vigencia del Código Penal Militar y la necesidad de adoptar una nueva estructura de la Justicia Penal Militar.

Para efecto de distribuir los cargos de la nueva planta global del Ministerio de Defensa al servicio de la Justicia Penal Militar, el citado Ministerio incorporó al personal en las unidades señaladas en la Resolución No. 1217 de agosto 12 de 2000 (fls. 93 a 98), y al demandante lo ubicó en el cargo de Auditor Auxiliar en la ciudad de Ibagué.

La incorporación del demandante en el cargo de Auditor Auxiliar en la ciudad de Ibagué, en virtud de lo dispuesto en la resolución antes mencionada, se hizo en forma oficiosa y automática por parte de la administración, debido a la supresión del cargo que venía ocupando; sin embargo, ello no constituye una nueva vinculación, como lo considera el actor, sino que significa la continuidad en la relación laboral que ya venía manteniendo con el Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de la justicia penal militar, prestando sus servicios con destino a la Policía Nacional.

Mediante oficio de septiembre 1º de 2000 (fl. 103) el demandante dirigió solicitud de pensión policial al Director General de la Policía Nacional, fijando como fecha para el inicio de su reconocimiento, la misma en que se suprimió el cargo de auxiliar de guerra No. 44 adscrito

al Departamento de Policía Huila.

A través de Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000 (fls. 106) el Ministro de Defensa aceptó la renuncia presuntamente presentada por el actor. El artículo 1º de la parte resolutive del acto administrativo expresa:

“Aceptar la renuncia presentada por el Señor WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ, C.C. 19.409.583 de Santa Fe de Bogotá, **como Auditor de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, por tener derecho a la pensión de jubilación**, de conformidad con los artículos 38 numeral 1º y 39 del Decreto 1792 de 2000 en concordancia con el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, a partir del 22 de septiembre del 2000.”

No obstante, en el expediente no obra prueba de que el actor hubiera renunciado al cargo de Auditor de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, por tener derecho a pensión, según se afirma en el precitado acto.

La Sala no desconoce que, en efecto, mediante escrito radicado el 5 de abril de 2000 (fl. 84) el demandante, en su condición de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 adscrito al Departamento de Policía Huila había solicitado su retiro de la institución policial, prefiriendo el reconocimiento y disfrute de su pensión; sin embargo, al haber transcurrido más de 45 días sin que la administración se hubiera pronunciado respecto de ese escrito y habiéndose mantenido el demandante en servicio activo, la mencionada dimisión no surtía ya

ningún efecto.

Como ya se señaló previamente en esta providencia, los 45 días a que se refiere la norma se vencieron el 13 de junio de 2000, es decir, cuando el Ministerio de Defensa Nacional mediante acto administrativo de septiembre 21 de 2000 aceptó la renuncia presentada por el actor, ya no tenía competencia para pronunciarse sobre ella, pues el escrito de 5 de abril de 2000 ya no surtía efectos, lo que quiere decir que no existía una manifestación expresa de la voluntad del demandante que estuviera vigente en la que pretendiera renunciar al cargo, lo que configura la causal de falsa motivación invocada en la demanda.

Si bien es cierto, el artículo 33 del Decreto 1214 de 1990 consagra como causal de retiro del servicio el tener derecho a pensión, no fue esa la figura jurídica que aplicó el Ministro de Defensa para disponer el retiro del servicio, sino la aceptación de renuncia, decisión que debía enmarcarse dentro de los términos previstos en el artículo 27 ídem, so pena de no surtir efectos, tal como ocurrió.

Así las cosas, la Sala deberá revocar la sentencia recurrida, anular la Resolución acusada y disponer el reintegro del demandante con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.

De otra parte, la Sala advierte que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución No. 04024 de noviembre 24 de 2000², como consecuencia de la desvinculación del servicio causada por la aceptación de renuncia mediante el acto que aquí se declarará nulo, ello implica que al disponer el reintegro y el pago de las sumas adeudadas por concepto de salario a causa del reintegro, estaría recibiendo dos asignaciones que provienen del tesoro público, razón por la cual se analizará si existe o no incompatibilidad para su percepción.

El artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 establece las excepciones a la prohibición de recibir más de una asignación que proviene del tesoro público, 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. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

(...)

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

La pensión reconocida al demandante es una pensión de jubilación, consagrada en los artículos 98, 115, 117, 118 y 119 del Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, razón por la cual se analizará si la misma hace parte de las pensiones que de

² Folios 104 y 105.

conformidad con la norma trascrita, están incursas en la excepción.

De conformidad con lo previsto en el artículo 218 de la Constitución Política, la Policía Nacional está definida como *un cuerpo armado permanente de naturaleza civil*, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, conformado por personal uniformado³ y no uniformado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 62 de 1993⁴.

En 1990 el Gobierno Nacional reformó el estatuto de personal de la Policía Nacional y para tal efecto, expidió decretos independientes que rigen a los Agentes⁵, los Oficiales y Suboficiales⁶ y, el personal civil de dicha Institución y del Ministerio de Defensa Nacional⁷, estableciéndose así una distinción en materia salarial y prestacional entre el personal uniformado y el personal civil. En lo que respecta a dicha distinción, la Corte Constitucional ha dicho:

“Es conveniente precisar, adicionalmente, que en ningún caso puede asimilarse al personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con los miembros activos de estas instituciones. En este sentido, el legislador habilitado constitucionalmente para ello, dispuso de conformidad con los

³ Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución.

⁴ Tal diferenciación también estaba consagrada en el artículo del Decreto Ley 2137 de 1983

⁵ Decreto 1213 de 1990.

⁶ Decreto 1212 de 1990.

⁷ Decreto 1214 de 1990.

preceptos de orden superior -artículos 217 y 218-, un régimen prestacional diferente para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el personal civil de las mismas (Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990), dada la naturaleza del servicio que cada uno desempeña.”⁸

Además, esta Corporación, en controversia en que un empleado que hacía parte del personal civil de la Policía Nacional también pretendía la aplicación de la excepción consagrada en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, señaló:

“En segundo lugar, la Sala coincide con el A quo en que no es aplicable al caso en discusión la excepción a la prohibición de percibir doble asignación del erario público que pretende hacer valer la P. Actora, y que contempla el Art. 19 de la Ley 4ª de 1992 en su literal b) por cuanto la norma es clara en determinar que ella se aplica al personal de la Fuerza Pública con asignación de retiro o pensión militar o policial. En el caso sub lite se ha documentado que el causante tenía al momento de su retiro el cargo de Especialista Sexto –Profesor- servidor público de la Policía nacional y conforme con el Art. 2 del D. 1214 de 1990 integraba el PERSONAL CIVIL de la Institución, y por lo tanto era ésta la norma aplicable a su caso particular y no las que se refieren al personal que integran la FUERZA PÚBLICA. Por este motivo no le es aplicable la excepción que se pretende.”⁹

Así las cosas, a juicio de la Sala, la pensión de jubilación reconocida al demandante no es de aquellas de que trata la norma y

⁸ Sentencia C-665 de 1996.

⁹ Sentencia de abril 7 de 2005, Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO, Radicación Número: 25000-23-25-000-1998- 03977-01(05915-03)

respecto de las cuales se puede predicar la excepción allí contenida; por lo tanto, no hay compatibilidad para que reciba sueldo y pensión simultáneamente.

No obstante, no habrá lugar a disponer la devolución de las sumas recibidas por el actor, por concepto de pensión, toda vez que las sumas que en virtud de esta sentencia se ordenarán reconocer por concepto de los salarios y prestaciones dejados de recibir durante la desvinculación laboral, lo son a título indemnizatorio, a causa de la anulación del acto que lo retiró del servicio. Así lo consideró la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 29 de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se dispuso lo siguiente:

“(. . .)

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 servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política...”

Es preciso aclarar que una vez producido el reintegro, la administración debe adelantar las acciones tendientes para que, en adelante, el accionante no reciba las dos asignaciones del tesoro público, en abierta contradicción de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, bien porque el actor opte por una de ellas¹⁰ o porque se suspenda, de conformidad con la ley, el pago de la pensión.

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,

FALLA

REVÓCASE la sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las súplicas de la demanda promovida por el señor WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL.

¹⁰ Si desea continuar en el servicio, que siga percibiendo sueldo o si ya no desea reintegrarse efectivamente para prestar su servicio y continúe en el goce y disfrute de su pensión de jubilación.

En su lugar se dispone:

1).- DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000 expedida por el Ministro de Defensa Nacional mediante el cual se aceptó la renuncia presentada por WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ.

2).- A título de restablecimiento del derecho, el Ministerio de Defensa Nacional deberá reintegrar al señor William Enrique Moreno Díaz, al cargo que ocupaba al momento de su retiro del servicio o a uno similar o equivalente, y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

3).- DECLÁRASE que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor William Enrique Moreno Díaz.

4).- La suma que se debe pagar a favor del actor, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se advierte que del valor adeudado no habrá lugar a descontar suma alguna que el señor William Enrique Moreno Díaz hubiera recibido por concepto de pensión de jubilación durante el tiempo en que estuvo separado del servicio, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones.

El Ministerio de Defensa Nacional dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y

observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem, y el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

5) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO