



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**

Aprobado por la Sala en sesión de hoy
Pereira, cinco de junio de dos mil veinte

Referencia:

Radicado: 66001-33-33-007-2018-00300-01 (F-1141-2019)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Demandante: Milton Vargas Castro.

Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La persona de la referencia, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, en procura de las siguientes:

I. PRETENSIONES

Pueden abreviarse así (Fls.34 del expediente):

1.1. Que se inapliquen por inconstitucionales e inconvencionales los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.

1.2. Que se declare la nulidad del acto administrativo N° E-01524 del 17 de octubre de 2017, a través de la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

1.3. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad reliquidar el salario básico con la inclusión del subsidio familiar en un 30% por concepto de su cónyuge, un 5% por su primer hijo y un 4% por su segundo hijo, junto con los intereses e indexación que corresponda, desde el 2 de mayo de 2013, fecha en la que se retiró de la institución.

1.4. Se condene a la entidad demandada pagar el retroactivo correspondiente a las prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

1.5. Se ordena a la entidad dar cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

II. HECHOS

Se resume de la siguiente manera (fl.24 y ss del expediente):

2.1. El demandante ingresó a la Policía Nacional en el año 1993 ostentando la categoría de alumno y luego de la aprobación del curso de formación, ascendió al grado de patrullero, bajo el régimen laboral denominado Nivel Ejecutivo.

2.2. Mediante reclamación administrativa promovida ante la entidad demandada, el actor deprecó la inclusión del subsidio familiar en su asignación de retiro, en los porcentajes que se estipularon para los demás miembros de la Institución; solicitud que fue desatada de manera desfavorable a través del acto administrativo enjuiciado.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante invoca las siguientes disposiciones:

- _ Constitución Política: artículos 1, 13, 44, 45 y 218.
- _ Decreto 118 de 1957.
- _ Decretos 609 y 613 de 1977.
- _ Ley 21 de 1982: artículo 13.
- _ Decretos 2062 y 2063 de 1984.
- _ Decretos 96 y 97 de 1989.
- _ Decretos 1212 y 1213 de 1990.
- _ Ley 1098 de 2006: artículos 1 y 7.
- _ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículos 10 y 11.
- _ Convención Interamericana de Derechos Humanos: artículo 17.

Como concepto de violación sostiene que la Constitución Política y la Ley propenden por la protección de los menores de edad y el subsidio familiar que se reconoce a los miembros de la fuerza pública constituye una herramienta para apoyar a la familiar y servidor de motor económico para que se pueda solventar inconvenientes que requieren de la intervención del factor dinero.

Aduce que, existe una flagrante discriminación respecto del reconocimiento del subsidio familiar a los miembros del nivel ejecutivo, pues considera que no es válido que dicha prestación sea aplicada de forma diferente entre las categorías que

componen la institución policial. Agrega que dicha prestación debe ser reconocida a los trabajadores que poseen menores o medianos ingresos, por lo que, bajo la escala gradual que existe en la Policía, los oficiales de la institución son oficiales de la institución son las personas que mejor remuneración perciben y siempre han tenido el reconocimiento del subsidio.

También, arguye que la entidad demandada trasgrede el principio de progresividad que consiste en que con el paso del tiempo el Estado debe proporcionar mayor y mejor cobertura en términos de seguridad social para todos los trabajadores públicos y privados. Y ello, deriva de un retroceso que implica una flagrante inconstitucionalidad y violación de derechos fundamentales que quienes lo sufren.

IV. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional** en escrito visible a folio 73 y siguientes del expediente, se pronunció respecto de cada uno de los hechos y se opone a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el derecho pensional se produjo bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004, y por tanto, no le asiste el derecho de reclamar el porcentaje de los factores de asignación de acuerdo a lo preceptuado en los derechos 1212 y 1213 de 1990; la entidad reconoció la asignación de retiro a partir de la fecha establecida por la Policía Nacional en la hoja de servicios.

V. LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* negó las súplicas de la demanda, al considerar que aquellos factores computables para la asignación de retiro del demandante son los enlistados en el Decreto 4433 de 2004 y 1858 de 2012 y de los cuales haya realizado aportes a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, y no aquellos que se deriven de prestaciones reconocidas a otro tipo de funcionarios públicos, no siendo de recibo legal el pretendido reconocimiento, al encontrar razonada en criterios de profesionalización la diferenciación existente entre los distintos regímenes de la Policía Nacional.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **la parte actora**, mediante escrito obrante a folio 114 y s.s. del expediente, interpuso y sustentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, y luego de aceptar el conocimiento del desarrollo jurisprudencial del principio de inescindibilidad de la norma, lo que torna inmodificable el subsidio familiar, insiste en que se debe tener en cuenta que no es una prestación común, lo que antepone la existencia de un serio conflicto entre tal principio y los principios

constitucionales a la igualdad, familiar e interés del menor, y por ende, deprecia a esta Colegiatura verificar todo el concepto de violación y revestir de funciones constitucionales aplicando el test de ponderación bajo el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, trayendo a colación y como sustento a sus argumentos apartes jurisprudenciales de sentencias de la Corte Constitucional T-091 de 2018, C-337 de 2011, C-29 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016, y del Consejo de Estado proferidas el 8 de junio de 2017¹, 19 de abril de 2018² y el 10 de mayo de 2018³.

Respecto a la condena en costas, indica que no existe prueba alguna que logre demostrar erogaciones causadas en el decurso del proceso para la procedencia de las mismas, motivo por el cual la condena en costas en primera instancia debe ser revocada.

VII. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A la convocatoria debida que se dio mediante auto del 8 de octubre de 2019 (fl. 139 C.1), la parte demandada a folio 141 y siguientes, reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación a la demanda.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Agotado el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede el Tribunal a decidir sobre el asunto litigado, siendo competente para hacerlo en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 243 *ibídem*.

2. CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el análisis del asunto de la referencia, resulta necesario aclarar que la presente sentencia se dicta a la luz de las excepciones de la prelación de fallos que permite decidir las *litís* que versan sobre un mismo asunto y sobre las

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, Exp.Rad.11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Subsección A, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, Exp.Rad.18001-23-33-000-2013-00218-01 (-3337-14).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, Exp.Rad.19001-23-33-000-2014-00128-01 (1936-16).

cuales existe reiteración jurisprudencial, con antelación a otros procesos. Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

«En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente asunto, el tema objeto de debate se refiere a la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Diego Ospina Rivas, quien fue sindicado de los delitos de estafa agravada, falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y falsedad en documento privado.

Respecto al tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.»⁴

Entonces, en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 16 de la Ley 1285 de 2009, *mutatis mutandi* la Sala se encuentra habilitada para decidir el caso concreto.

3. OBJETO DEL LITIGIO

Procede el Tribunal a analizar en esta instancia el derecho pretendido, circunscribiendo el estudio al aspecto que es materia de la impugnación formulada por la parte demandante, para determinar si al actor le asiste derecho a que se le reliquide la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en los porcentajes señalados en los Decretos 1212 y 1213 de 1990; o si por el contrario, atendiendo el principio de inescindibilidad de la norma el régimen salarial aplicable en su integridad es el vigente al momento de su vinculación a la Institución.

4. ACERVO PROBATORIO.

- Reclamación administrativa radicada el día 3 de octubre de 2017, a través del cual se depreca la inclusión del subsidio familiar al salario mensual devengado por el actor. (fl.2)

⁴ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 12 de marzo de 2014, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera dentro del expediente radicado con el No. 76001-23-31-000-2004-00269-01(34872), promovido por el señor Diego Ospina Rivas y otro.

- Oficio N° E-01524 del 17 de octubre de 2017, mediante el cual se niega la inclusión del subsidio familiar a la asignación de retiro devengado por el actor, en los porcentajes de los Decretos 1212 y 1213. (fl.6 y ss)
- Extracto de Hoja de Vida del IT. Milton Duvan Vargas Castro. (fl.7 y ss)
- Liquidación de asignación de retiro del IT. Milton Duvan Vargas Castro. (fl.8 y ss)
- Resolución N° 6615 del 5 de agosto de 2013, por medio de la cual se reconoce asignación de retiro a favor del demandante. (fl.9)
- Registro Civil de Matrimonio con indicativo serial N° 04889495. (fl.10)
- Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial N° 29860116. (fl.11)
- Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial N° 41078310. (fl.12)
- Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial N° 41078311. (fl.13)

5. ANÁLISIS JURÍDICO NORMATIVO.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 218 estableció que el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de la Policía Nacional sería determinado por la ley. En cumplimiento de lo previsto en la citada disposición constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992 en la cual se fijaron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de la Fuerza Pública.

Igualmente, fue expedida la Ley 62 de 1993 por medio de la cual el Legislador además de expedir disposiciones sobre la Policía Nacional, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, entre otras (artículo 35). En ejercicio de tales facultades, se profirió el Decreto Ley 041 de 1994 *“por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”*, que crea el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, faculta en sus artículos 18 y 19 a los suboficiales y agentes activos, respectivamente, para ingresar a la escala jerárquica del nivel ejecutivo, e impone como requisito para ingresar a ella realizar solicitud en tal sentido; y el Decreto 262 de 1994 *“por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.”*

No obstante, el Decreto 41 de 1994 fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-417 de 1994, por considerar que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 62 de 1993, en tanto *“...no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, denominada "Nivel Ejecutivo", tal como se hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa Institución, a saber: la de oficiales, la de suboficiales y la de agentes.”*

Posteriormente se expidió la Ley 180 de 1995⁵ que modifica el artículo 6 de la Ley 62 de 1993 al contemplar por primera vez y de manera expresa el Nivel Ejecutivo

⁵“Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la

como parte de la estructura de la Policía Nacional. Y en su artículo 7 confirió nuevamente facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar los distintos aspectos que comprenden la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre ellos, *“las asignaciones salariales, primas, prestaciones sociales”*, determinando que para esos efectos no se podía *“discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”* (parágrafo).

Así, el 13 de enero de 1995 el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de ese mismo año *“por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.”*, y en sus artículos 12 y 13 habilitó a los suboficiales y agentes activos de la Institución, respectivamente, para ingresar a la escala del nivel ejecutivo siempre que lo solicitaran; para ese efecto, fijó las equivalencias de grados en los que se produciría el ingreso, así como los demás requisitos necesarios para ello y para el ascenso dentro de ese nivel. Del mismo modo, en el artículo 15 dispuso la sujeción del personal que ingresara al referido Nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional, y en el artículo 82 reiteró la prohibición de discriminar o desmejorar las circunstancias de quienes ya venían vinculados a la Policía Nacional.

El régimen de asignaciones y prestaciones sociales de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se estableció mediante el Decreto 1091 de 1995 y en él se contemplaron, en lo pertinente lo siguiente:

Artículo 15. Definición. *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

Parágrafo. *El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.* (Subraya la Sala).

Artículo 49. Bases de liquidación. *A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;

e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;

f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales». (Subraya la Sala)*

Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Polcial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes."

En el *sub lite* según se desprende de la hoja de servicios de fecha 20 de junio 2013 visible a folio 7 del expediente, el IT Milton Duvan Vargas Castro, estuvo vinculado a la Institución como alumno del nivel ejecutivo, desde el 1° de marzo de 1993 al 29 de febrero de 2000 y en el nivel ejecutivo, desde el 1° de marzo de 2000 hasta el 2 de agosto de 2013. Por lo tanto, no está en discusión, que en virtud de la homologación al nivel ejecutivo el reconocimiento de la asignación de retiro, se rigió por los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, normas vigentes al momento en que se consolidó su derecho pensional.

Según, el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, «*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*», en lo relativo a las partidas computables del personal activo de la Policía Nacional, las partidas computables de la asignación de retiro, son las que a continuación se relacionan:

«Artículo 23. Partidas computables. *La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1. Oficiales, Suboficiales y Agentes.

23.1.1. *Sueldo básico.*

23.1.2. *Prima de actividad.*

23.1.3. *Prima de antigüedad.*

23.1.4. *Prima de academia superior.*

23.1.5. *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.*

23.1.6. *Gastos de representación para Oficiales Generales.*

23.1.7. *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

23.1.8. *Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.*

23.1.9. *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

23.2. Miembros del Nivel Ejecutivo.

23.2.1. *Sueldo básico.*

23.2.2. *Prima de retorno a la experiencia.*

23.2.3. *Subsidio de alimentación.*

23.2.4. *Duodécima parte de la prima de servicio.*

23.2.5. *Duodécima parte de la prima de vacaciones.*

23.2.6. *Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

Parágrafo. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales». (Subraya la Sala).*

En igual sentido, en el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, «*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*», se estableció:

«Artículo 3. *Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 01 de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:*

1. *Sueldo básico.*

2. *Prima de retorno a la experiencia.*

3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este Decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.» (Subraya la Sala).

Del análisis que ocupa a la Sala, el subsidio familiar fue contemplado inicialmente en el Decreto 1212 de 1990, esto es para el personal oficial de la Policía Nacional. Luego, mediante el Decreto 1091 de 1995 se le estableció como una prestación social pagadera al nivel Ejecutivo del mismo cuerpo uniformado, pero en su parágrafo se estableció que no era salario ni se computaba como factor para ningún caso, carácter no computable que se replicó en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012,

A continuación se hará un cuadro comparativo de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como Agente de la Policía, y luego, al homologarse en el Nivel Ejecutivo:

CONCEPTO	NIVEL OFICIAL Y SUBOFICIAL DECRETO 1212 DE 1990	DEFINICION LEGAL	NIVEL EJECUTIVO DECRETO 1091 DE 1995	DEFINICION LEGAL	NIVEL EJECUTIVO DECRETO 4433 de 2004	PARTIDAS COMPUTABLES
SUBSIDIO FAMILIAR	ART. 82	A partir de la vigencia del presente decreto los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), mas los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). Parágrafo 1o. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los oficiales y suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificaciones. Parágrafo 2o. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.	ART. 15	El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional. Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.	ART. 23.2	23.2. Miembros del Nivel Ejecutivo. 23.2.1. Sueldo básico. 23.2.2. Prima de retorno a la experiencia. 23.2.3. Subsidio de alimentación. 23.2.4. Duodécima parte de la prima de servicio. 23.2.5. Duodécima parte de la prima de vacaciones. 23.2.6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.» (Subraya la Sala).

Conforme lo anterior, la creación de la nueva estructura jerárquica así como la fijación de un régimen propio sobre asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales para éste, no comportaba vulneración de los derechos adquiridos, menos aún si para ingresar al nivel ejecutivo debía mediar solicitud del interesado, de modo que estaba a su discreción postularse o no y en tal sentido era quien debía evaluar si la situación era favorable a sus intereses; debiéndose entender que la diferenciación que se da de trato para el personal del nivel ejecutivo con el resto de los uniformados de la Policía Nacional es coherente con el ordenamiento constitucional y que la diferenciación no alcanza matices de discriminación irrazonable y caprichosa.

Es decir, al realizar el análisis integral de las normas y no factor por factor, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado,⁶ es dable concluir que el régimen del nivel ejecutivo al que se acogió voluntariamente la parte demandante, es favorable a sus intereses prestacionales. Frente a ello, correspondía a la parte demandante demostrar la desmejora o discriminación salarial o prestacional alegada, lo que no ocurrió, ya que no es dable tomar factores aislados para hacer la comparación pretendida, sino revisar integralmente el régimen.

Siguiendo la línea de argumentación expuesta en el recurso de alzada se debe tener presente que la normatividad que se somete a análisis, con miras a que se inaplique con base en la figura de excepción de inconstitucionalidad, más que establecer una discriminación negativa, en su naturaleza son normas que se encargan de regir un sistema de prestaciones y beneficios para un sector específico de la población, cual es uno de los exceptuados por el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993 (Sistema General de Seguridad Social Integral), es decir, se trata de un sector prestacional y pensional que cuenta con unos estándares por encima de los que se dirigen a la generalidad de la población del país.

Se debe tener presente la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, cuyo párrafo 10, determina que "corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos". En ese sentido, esta Sala considera que en el *sub lite*, para nada se está comprometiendo este mínimo de asegurabilidad del riesgo, comoquiera que la discusión ronda por una de las partidas que pretende incluirse en un reconocimiento pensional, no la prestación pensional misma.

A la luz de lo mencionado es de indicarse también, que el Artículo 5 del instrumento bajo estudio, establece:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 31 de enero de 2013, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, número de radicación 73001233100020110039001

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce

Aunado a que los Artículos 10.1 y 11.1, contienen el siguiente tenor:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que

10.1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

La igualdad y no discriminación en materia de prestaciones sociales constituye una obligación que deriva, especialmente, del artículo 2.2., el cual determina:

"los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Al auscultar varias fuentes de derecho internacional alusivas a la progresividad, no regresividad e igualdad en materia prestacional si se haya diferentes posiciones en las que se cuestiona el recorte de algunos derechos de este tipo para sectores específicos de la población. Verbigracia, la Corte Constitucional alemana en un caso que debió resolver, luego de la reunificación alemana, respecto de la terminación de contratos laborales en servicios públicos en los nuevos estados alemanes, reconociendo el amplio poder de configuración legislativa del parlamento dictaminó sobre la proporcionalidad de las medidas y los límites que de ellas se derivaban para la protección de las personas de tercera edad, personas con discapacidad, mujeres embarazadas y de grupos especiales de trabajadores⁷. El Tribunal Constitucional de Portugal, en su acuerdo 39/84, declaró inconstitucional una ley que derogaba buena parte del Servicio Nacional de Salud. Asimismo, declaró inconstitucional, la exclusión por medio de una ley de las personas de 18 a 25 años, del beneficio de rendimiento mínimo de inserción. Dicha decisión se fundamentó en la imposibilidad de retroceder en los avances sociales alcanzados por una determinada sociedad. El Supremo Tribunal Federal de Brasil, en materia de salario de maternidad, decidió la imposibilidad de retroceso social, después de haber

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional alemana, BverfGE 84, 133; 85, 360 (375).

alcanzado cierto nivel de desarrollo. Flavio Pansieri explicita que la decisión se fundó en los objetivos estatales de desarrollo social y en la imposibilidad de aumentar las desigualdades por acción estatal o privada, sea por acción o por omisión⁸.

Como se puede ver, los asuntos sobre los cuales ha versado el estudio en instancia de interpretación de estos derechos humanos, tiene que ver con tratamientos diferenciados con base en criterios sospechosos o que tiendan a ser regresivos en materia prestacional. Lo cual, entiende este Tribunal, no se da para el caso de marras, en la medida que los decretos acusados de generar la discriminación o retroceso prestacional no eliminaron, ni rebajaron la cuantía de la prestación pensional o de retiro, sino que definió unos parámetros diferentes para una población diferente (nivel ejecutivo).

Por último, deben tenerse presente las directrices de Maastricht sobre violaciones a los tipos de derechos que se han venido haciendo alusión:

Dentro de las violaciones mediante actos de comisión, se señalan las siguientes:

"(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;

(b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;

(c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;

(d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;

(f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

(g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta de la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima"

Por su parte, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre la progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, ha establecido:

⁸ Pansieri, Flavio. (2006). "Condicionantes a sindicabilidade dos Direitos Sociais", em Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Volumen 10 A, Editora Jurua, Curitiba, p. 334.

"Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente". (Corte Interamericana. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 147.)

Toda esta argumentación esquematizada con base en el marco convencional que fue traído como argumentación principal por la parte actora, bajo la lectura que se ha dado, lleva a concluir que para nada se violan los compromisos del Estado Colombiano, con el conjunto de normas jurídicas que establecen la naturaleza y forma en que se liquida la prestación cuya reliquidación pretende la parte actora. En primer lugar, la igualdad de trato que se pretende, parte de dos poblaciones de uniformados cuya normatividad es diversa y su concepción también lo es. En segundo lugar, como se indicó en precedencia la libertad de configuración reglamentaria y legislativa con que cuentan las autoridades competentes en Colombia es amplia siempre y cuando se respete el marco constitucional. En tercer lugar, no hay lugar a predicar un trato regresivo, en la medida en que las normas que rigen los aspectos prestacionales del nivel ejecutivo han mantenido una especie de consistencia.

5.1. De la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto es de recordar lo que ha considerado el Máximo Órgano de esta Jurisdicción cuando se ha encontrado frente a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, en la cual se tuvo en cuenta lo que al respecto también había analizado la Corte Constitucional:

"Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. En este sentido la Sección prohíja la sentencia de 5 de julio de 2002, radicado 1996-7762-01 (7212) Consejera Ponente, Dra Olga Inés Navarrete Barrera⁴, en la cual se sostuvo:

"Pero esta excepción de inconstitucionalidad debe reunir ciertos requisitos para su procedencia, uno de los cuales es la palmaria y flagrante oposición entre los textos constitucionales y la norma cuya inaplicación se pretende. (resalta la Sección) Es pertinente aludir a la sentencia C-600 de 1998, en la cual la Corte Constitucional precisó el alcance de esta figura: "La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar. Por el contrario, en el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad que en principio debería aplicar aquélla es la contraria: no darle aplicación. Al respecto, esta Corte ha

señalado: "El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular. Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles. Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí". Dr Camilo Arciniegas Andrade y de 21 de febrero de 2008, exp. 1996-07997-01, C.P. Dr Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. En el sentido jurídico que aquí busca aliviarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas. Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma - para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.)" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo). (Subrayado fuera de texto). (resalta la Sala) La Sala Plena de la Corporación, al fijar el alcance del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que declaró exequible, supeditando la exequibilidad al acatamiento del artículo 4 de la Constitución, manifestó: "Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría. Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con

plena competencia para ello. Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.). Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara). (Subrayado fuera de texto)". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-103 de 2010, en estimación de la misma figura indicó:

"La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado" (resaltado nuestro).

Es decir, la excepción de inconstitucionalidad requiere un amplio ejercicio jurídico en el que se vaya más allá de considerar que en una situación específica se vulnera un principio de naturaleza constitucional, y en especial, en normas de textura tan abierta como lo es el derecho fundamental a la igualdad.

Por lo anterior, en el caso específico, no existe colisión entre principios constitucionales que torne ineludible para dar resolución a la presente controversia con el test de razonabilidad planteado en el recurso de apelación, que la forma como se determinan los componentes prestacionales no alcanza la entidad suficiente para entender que implican una discriminación reprochable desde el punto de vista constitucional. En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida en ese sentido.

6. COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.

Conforme con la condena en costas impuesta, la parte actora recurrente indica que no existe prueba alguna que logre demostrar erogaciones causadas en el decurso del proceso para la procedencia de las mismas, motivo por el cual la condena en costas en primera instancia debe ser revocada.

En efecto, en el presente proceso se condenó en costas a la parte demandante, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, por cuanto fue vencida en juicio, al negarse las súplicas de la demanda.

Así, al haberse apelado la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a la condena en costas, esta Sala acoge los planteamientos expuestos por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente radicado número: 76001-23-33-000-2013-00668-01(1909-17) del 24 de enero de 2019 en cuanto precisa que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

Es de resaltar que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala que «*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas*», por lo que, se debe decidir por parte del juez, bajo un criterio **valorativo** y con base en presupuestos **objetivos**, la imposición de la condena en costas, debiéndose valorar en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición.

Así las cosas, al evaluarse en el presente caso la causación de las costas, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que las mismas no aparecen probadas, en la medida en que, no obra elemento de erogación alguno en su consecución, razón por la cual esta Colegiatura revocará la condena en costas de primera instancia.

7. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

En lo que concierne a la segunda instancia, esta Sala atendiendo la postura adoptada, y en vista de que en esta instancia no aparecen en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IX. FALLA

1. **REVÓCASE** el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira, por las razones expuestas en precedencia.
2. **CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la motiva.
3. Sin costas en esta instancia por lo considerado.
4. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
MAGISTRADO



DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA
MAGISTRADO