República de Colombia

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGEL ANDRADE DEVIA**
Demandado: **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**
Radicación: **73001-33-33-008-2018-00254-01**
Interno: **01263-2019**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué el 27 de septiembre de 2019, que negó las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO,** promovida por **ANGEL ANDRADE DEVIA** en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**

ANTECEDENTES

El señor ANGEL ANDRADE DEVIA, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda, con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. *Se inapliquen por inconstitucionales e inconvencionales las siguientes normas:*

   a. El parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995.
   b. El parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.
   c. El parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.
   d. El parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012.

2. *Se declare la nulidad del oficio No. E-00003-201728777-CASUR Id: 291418 del 26 de diciembre del año 2017, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del demandante.*

3. *A título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL a reconocer y a pagar al demandante la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social EL SUBSIDIO FAMILIAR en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa, junto con sus intereses e indexación desde el 10 de junio del 2010, fecha en la cual se retiró de la institución policial.*

4. *Que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL deberá pagar al demandante los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos*

anuales, o cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

5. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que se me reconozca la personería jurídica correspondiente.

Lo anterior con fundamento en los siguientes

HECHOS

1. El demandante se desempeñó al servicio de la Policía Nacional por un total de 25 años, 8 meses y 25 días siendo el último cargo el de intendente, tiempo discriminado de la siguiente manera:

Agente alumno	21 de abril de 1985 a 31 de octubre de 1985
Agente	1 de noviembre de 1985 a 14 de abril de 1994
Nivel ejecutivo	15 de abril de 1994 a 10 de Junio de 2010

2. El demandante fue retirado del servicio a través de la Resolución 4758 de 17 de agosto de 2010

3. El demandante devenga asignación de retiro, a cargo de la entidad demandada, desde el 11 de junio de 2010, para cuya liquidación se tuvieron en cuenta las partidas computables contempladas en los decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

4. A través de petición radicada el 5 de diciembre de 2017, el demandante, por intermedio de apoderado judicial, solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la reliquidación de la asignación de retiro que disfruta, incluyendo la partida computable *subsidio familiar* consagrada en los decretos Decreto 1211 y 1212 de 1990, y en aplicación al principio de igualdad.

5. Mediante el acto administrativo oficio No. E-00003-201728777-CASUR Id: 291418 del 26 de diciembre del año 2017, la demandada negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del demandante, acto administrativo impugnado en el presente medio de control.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citaron en la demanda las siguientes

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales
De la constitución política, los artículos 13, 25, 53

Como concepto de violación aseveró, en primer lugar, que la norma internacional conmina a los Estados a respetar los derechos laborales, con el principio de salario igual, de igual valor sin distinción de ninguna especie y que, por ende, la caja de sueldos de retiró de la Policía Nacional debe cumplir con las obligaciones internacionales en materia laboral.

Afirma que la finalidad del subsidio familiar es solventar las cargas económicas del trabajador, es decir, proteger la familia como núcleo esencial del Estado, por ende, y bajo una mirada retrospectiva, se puede vislumbrar que el ordenamiento jurídico que ha gobernado a la Policía Nacional se ha caracterizado por ser garantista en la protección de las familias de los uniformados a lo largo de la historia, ya que desde el año 1977, el complejo jurídico especial ha brindado la posibilidad que todos los miembros de la institución devenguen un 30% por uniones conyugales o de hecho y hasta un 17% por los hijos y que dichos porcentajes se incluyan como factor salarial en sus prestaciones sociales periódicas pero, lastimosamente, esta protección fue diseñada para los oficiales, suboficiales y agentes, dejando a un lado a los miembros del nivel ejecutivo, por ende, se refleja que, en un punto específico de la historia normativa de la policía, se consideró que una de las categorías institucionales no era merecedora de tan exclusiva protección, por lo cual se atacó de forma directa a las familias de todos los miembros del mencionado nivel ejecutivo.

Concluye afirmando que existió un retroceso en materia de seguridad social para estos uniformados pues, además de atropellar su derecho a la igualdad, desde la mismísima creación de la categoría se coartó el derecho a que las familias recibieran la misma extensión proteccionista por parte del Estado, situación completamente reprochable en sede judicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada no contestó la demanda dentro del término otorgado para ello. (folio 83 expediente digitalizado)

SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda, absteniéndose de condenar en costas a la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones (fl 117 a 127 expediente digitalizado):

Planteó como problema jurídico determinar sí al actor le asiste derecho a que se le reajuste y reliquide su asignación de retiro, con la inclusión de la partida subsidio familiar, tal como lo solicitó en su escrito de demanda.

Seguidamente realizó un análisis del régimen normativo aplicable a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, para señalar seguidamente que, con el material probatorio obrante en el expediente, se concluía que el acto administrativo de reconocimiento pensional del actor se fundó en las normas procedentes que, a su vez, cobijan su situación jurídica dado el cargo que ocupó al interior de la Policía Nacional y, precaviendo en todo caso, que tales normas no han sido anuladas, señala que estas normas previenen sobre la imposibilidad de incluir partidas, prestaciones, auxilios, primas, etc.; distintas a las expresamente enlistadas en ellas, por lo que estas son las únicas a tener en cuenta para la liquidación de la prestación por retiro que corresponde a los miembros del Nivel Ejecutivo.

Advirtió que los parámetros jurisprudenciales invocados por la parte demandante corresponden a situaciones jurídicas relacionadas con soldados profesionales por lo que

no resultan concordantes con la situación del sub judice, en tanto, los baremos fácticos distan en cada uno de los escenarios, al punto que ciertamente aquellos miembros de la policía nacional, que optaron voluntariamente por la homologación al Nivel Ejecutivo, tienen un régimen prestacional distinto al de los oficiales y suboficiales, y como lo ha sostenido la jurisprudencia, el régimen de los primeros - Nivel Ejecutivo - ciertamente resulta ser más ventajoso que el de los últimos pues, si bien es cierto , existen ciertas prestaciones que se les han retirado, no puede dejarse de lado que otras son ostensiblemente mayores a las de los demás miembros de la fuerza y comprenden también prerrogativas privilegiadas.

Por lo tanto, contrario a lo aludido por el demandante, para el asunto de marras no resulta predicable la igualdad ya que ciertamente existen dos regímenes distintos, disimiles y autónomamente regulados, lo que de suyo desnaturaliza la aplicación de la regla, pues como bien lo dicta la Constitución, tal derecho surge entre iguales.

Concluye afirmando que los pedimentos de la demanda carecen de asidero de prosperidad, habida cuenta que la prestación de retiro se advierte liquidada y reconocida conforme los parámetros legales aplicables y, por ende, el acto administrativo acusado no adolece de vicios que le hagan indigno de legalidad.

IMPUGNACIÓN

La parte actora presentó oportunamente recurso de apelación contra la decisión de instancia, exponiendo su inconformidad así: (folios 140 a 160 expediente digitalizado)

Sostuvo que el juzgado de primera instancia incurrió en una seria falencia al resolver este caso aduciendo que en la demanda se argumentó la vulneración del derecho a la igualdad de la familia del demandante, razón por la cual debió aplicarse un juicio integrado de igualdad, figura a la que no se hizo referencia. En este sentido procedió a realizar un recorrido jurisprudencial invocando las sentencias C-015 y C-053 de 2018, concluyendo que las familias de los miembros del nivel ejecutivo son iguales sustancialmente a las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y ambos grupos están amparados por los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, pese a lo cual las disposiciones normativas que se les aplican reconoce ventajas solo a uno de ellos, diferenciación que a su juicio no tiene justificación constitucional válida.

Discrepó del alcance dado a la figura de la inescindibilidad, haciendo alusión a la diferencia que desde una óptica constitucional se ha dado a sus principios y reglas. Señaló que esta figura no se consagró en los 380 artículos de la Constitución Política pero sí aparece contenida en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia constituye una regla legal. Aclarado esto, pidió dar aplicación preferente a la Constitución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º superior, según el cual, en caso de incompatibilidad debe prevalecer ésta sobre cualquier otra norma. Sostuvo que en caso de considerarse que la inescindibilidad es un principio este sería un caso de los denominados difíciles al existir de por medio un choque entre principios constitucionales.

Manifestó no estar de acuerdo con la aseveración contenida en la sentencia impugnada en cuanto a que el régimen salarial del demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, cuando por simple deducción se puede establecer que los oficiales reciben un mejor salario que los del nivel ejecutivo. En este orden indicó que,

aunque es entendible que los oficiales perciban mejor salario, no es constitucionalmente válido manifestar que deben percibir un mejor subsidio familiar pues ello implicaría sostener que su núcleo familiar merece mejor y mayor protección. Argumentó que la decisión de instancia no observó las líneas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ni los elementos del subsidio familiar que llevan a vislumbrar que no es una prestación común y corriente y que su reconocimiento no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, dado que su función es exclusivamente la de proteger la familia.

Expresó su desacuerdo con lo consignado en la sentencia en relación con que el ingreso del demandante al nivel ejecutivo fue voluntario y, por ende, quedó sometido al régimen prestacional de dicha categoría pues los derechos fundamentales son irrenunciables e inherentes al ser humano, por lo que, así conociera el régimen laboral que lo iba a gobernar no es admisible afirmar que debía renunciar a sus derechos fundamentales.

Adujo que las pretensiones de la demanda no pueden negarse con base en la protección del principio de sostenibilidad fiscal, como se consideró en la providencia apelada con sustento en sentencia de unificación del 29 de abril de 2019. Refirió que tal argumento lesiona el sistema social de derechos como quiera que se protegen intereses estatales permitiendo el desplazamiento de la protección a derechos de carácter fundamental. Manifestó que la sostenibilidad fiscal no es un principio sino que se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del Estado, razón por la cual no es posible su materialización por sí mismo, dado que se requiere de complementos que permitan adecuarlo a las necesidades de la administración

Agregó que al ser éste un eje orientador no puede ponderarse su contenido con derechos fundamentales, ni puede servir para coartarlos. Como respaldo de este cuestionamiento invocó el artículo 334 de la Constitución Política y las sentencias C-258 de 2013, C-274 de 2013, T-283 de 2013, T-443 de 2013, T480 de 2016 y C-093 de 2018.

Expresó que en la sentencia se catalogó como alto el salario del demandante, tomándose esto como un elemento para negar el reconocimiento del subsidio familiar, criterio que aduce, no es cierto desde la óptica jurisprudencial fijada en sentencias C-1433 del año 2000 y C-1064 del año 2001. Añadió que el juez no puede, a discrecionalidad, manifestar quién es un empleado de ingresos altos, ya que debe existir prueba de ello y como en este caso no la hay, es necesario aplicar el principio pro operario que se traduce en que en el evento que exista duda laboral esta debe resolverse a favor del trabajador. Cuestionó que aun cuando el subsidio familiar debe reconocerse a los empleados de bajos ingresos, los oficiales de la Policía Nacional perciben hasta un 47% por tal concepto, cuando son las personas que mejor y mayor salario perciben en la institución, situación que afirma se verifica en el artículo 1 del Decreto 1002 del año 2019.

Manifestó que en la sentencia se indicó que en caso de desacuerdo con los decretos que establecen el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio de control adecuado para exponer dicha inconformidad, y que es necesario ejercer la acción de nulidad simple ante el Consejo de Estado con la finalidad que este órgano verifique si las normas contienen vicio alguno, ante lo cual adujo que no puede desconocerse el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, inclusive de oficio, cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política por parte de una norma de inferior

jerarquía, indicando que, en el presente caso, se han esgrimido argumentos serios y directos que permiten al juez de instancia observar la constitucionalidad de las normas de las cuales se solicita inaplicación.

Argumentó que aunque el Consejo de Estado ha proferido sentencias en las que se analiza un tema similar, dicha línea jurisprudencial no es aplicable en este asunto teniendo en cuenta que en esas oportunidades se ha valorado el desmejoramiento salarial del personal homologado de la Policía Nacional, situación que no se expuso en este caso como sustento, aduciendo que es irrelevante el hecho de que el demandante tenga la calidad de homologado como quiera que la demanda se edificó en la violación del principio y derecho a la igualdad, circunstancias respecto de las cuales existen diferencias de hecho y de derecho que impiden la aplicación de los pronunciamientos en mención por lo que, en su lugar, se debe acudir a los lineamientos trazados por la Corte Constitucional sobre el juicio integrado de igualdad, realizado en las sentencias T-942 de 2014 y T-623 de 2016.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 18 de noviembre de 2019, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué el 27 de septiembre de 2019.

Con providencia del 17 de febrero de 2020, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público respectivamente, para alegar de conclusión, haciéndose presentes en esa instancia, tanto la parte demandante como la entidad demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE

Transcribe nuevamente *in extenso* lo expuesto en el recurso de apelación, reiterando su solicitud de revocatoria de la sentencia impugnada para que, en su lugar, se acceda a lo pretendido en el escrito de demanda. (fls. 182 a 198 expediente digitalizado).

PARTE DEMANDADA

Solicitó tener en cuenta como alegatos de alzada los argumentos expuestos por el juez de primera instancia en la sentencia apelada. Por lo anterior, solicita sea confirmado el fallo de primera instancia. (fls. 199 expediente digitalizado).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué el 27 de septiembre de 2019, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto consiste en establecer si el actor tiene derecho, en calidad de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en retiro, a la liquidación y pago de su asignación de retiro, incluyendo como partida computable el subsidio familiar, previa inaplicación de los parágrafos del artículo 15 y del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, del parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y del parágrafo del artículo 3º del Decreto 1858 de 2012, en aplicación del principio de igualdad, como lo afirma el demandante en su recurso y, en consecuencia, si debe revocarse la sentencia proferida en la primera instancia.

TESIS DE LA SALA

Consiste en confirmar la decisión de instancia al verificar que no le asiste derecho al demandante, como ex miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, a la reliquidación de su asignación de retiro y demás prestaciones con la inclusión del subsidio familiar, como quiera que dicha partida no se encuentra establecida por la ley como partida computable para liquidar la asignación de retiro de estos servidores.

FUNDAMENTO DE LA TESIS AL PROBLEMA JURÍDICO

El Congreso de la República, en cumplimiento de la facultad conferida por el constituyente de 1991, promulgó la Ley 4 de 1992 en la que se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Presidente de la República para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de **la Fuerza Pública** y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales.

En las Fuerzas Militares existen diversos regímenes prestacionales y salariales; contempladas por el legislador, en virtud de la categorización en grados y cargos determinados en la fuerza a la que pertenecen, encontrando entonces diversidad de normas que deben ser aplicadas en cada caso en concreto diferenciando el cargo, el grado y el régimen aplicable. Entre estos se tienen:

1. Régimen salarial y prestacional de los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía.

2. Régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina.

3. Régimen salarial y prestacional de los no uniformados que laboran en el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la división realizada, la determinación del régimen salarial y prestacional de miembros de la fuerza pública, entre los que se incluyen a los que laboran al servicio de la **Policía Nacional** – **Nivel Ejecutivo**, debe atender, entre otros criterios al nivel, rango, categoría y estructura de los empleos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

DEL NIVEL EJECUTIVO

Con fundamento en la ley 1809 de 1995, el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, que desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía

Nacional y que, en sus artículos 12 y 13, habilitó a los suboficiales y agentes activos de la institución para ingresar a la escala del nivel ejecutivo.

> ***"Artículo 12. Ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo****. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*
>
> *1. Cabo segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente.*
> *2. Sargento Segundo y Sargento Viceprimero, al grado de Intendente.*
> *3. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;*
> *4. Sargento mayor, al grado de Comisario.*
>
> ***PARÁGRAFO 1.*** *Una vez se ingrese al Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se exigirá el título de bachiller, como requisito para ascensos posteriores, de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*
>
> ***PARÁGRAFO 2****. El tiempo de servicio que exceda del tiempo mínimo del grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional a que ingrese, se le abonará para ascender al grado inmediatamente superior.*
>
> *En todo caso el ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*
>
> ***ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO****. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *1. Solicitud escrita a la Dirección General de la Policía Nacional.*
> *2. Acreditar el título de bachiller en cualquier modalidad.*
> *3. Evaluación y concepto favorable del Comité de Evaluación del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*
>
> ***PARÁGRAFO 1****. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*
>
> ***PARÁGRAFO 2****. Los agentes que, al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1,2, y 3 de este artículo"*

De lo anterior, se deduce que los agentes activos de la Policía Nacional podían ingresar a la escala de nivel ejecutivo, siempre y cuando lo solicitaran, fijando para ese efecto las equivalencias de grados en los que se producía el ingreso, así como los requisitos necesarios para ingresar y para el ascenso dentro de ese nivel.

A su vez, el artículo **15 del decreto 132 de 1995**, determinó que el personal que ingresara al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se sometería al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional. No obstante, en su artículo 82 determinó que el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podría discriminar, ni desmejorar en ningún aspecto la situación de quienes estaban al servicio de la Policía Nacional.

SUBSIDIO FAMILIAR EN EL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL

En referencia al subsidio familiar en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, es preciso acotar que con la expedición de la Ley 181 de 1995 en la que expresamente se integró el Nivel Ejecutivo como una categoría dentro del personal de la Policía Nacional (Art. 1), también se facultó al Presidente para adoptar el régimen de carrera y su régimen salarial y prestacional. En ejercicio de las facultades mencionadas, el Presidente expidió el Decreto 132 de 1995 en el que desarrolló la carrera de ese personal y, el Decreto 1091 del mismo año, en el que fijó su régimen de asignaciones y de prestaciones y en el que, en lo referente al subsidio familiar y a la liquidación de la asignación de retiro, señaló:

> ***"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.*
>
> ***Artículo 16.****Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.*
>
> ***Artículo 17.****De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:*
>
> *a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
> *b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23 años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
> *c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
> *d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
> *e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*
>
> *Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.*
>
> ***Artículo 18.****Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.*
>
> ***Artículo 19.*** *Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:*
>
> *a) Por muerte de la persona a cargo;*
> *b) Por independencia económica;*
> *c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
> *d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*

e) Por cumplir la edad límite. (…)

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.*

Posteriormente el Decreto 132 de 1995 fue derogado por la expedición del Decreto 1791 de 2000 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 578 de ese mismo año, quedando en éste regulada la carrera de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.

Más adelante se expidió la Ley 923 de 2004 en la que se trazaron los objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional fijara el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluyendo como principios rectores, el respeto por los derechos adquiridos y los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública según el grado y responsabilidades asignadas. En el marco de esta Ley se expidió el Decreto 4433 de 2004, que previó en su artículo 23 las partidas computables para la asignación de retiro, tanto de los Oficiales, Suboficiales y Agentes como para los miembros del nivel ejecutivo, siendo pertinente traer a colación el siguiente cuadro comparativo en el que se evidencian las diferencias entre uno y otro grupo:

Partidas computables en la asignación de Oficiales, Suboficiales y Agentes	**Partidas computables en la asignación de miembros del nivel ejecutivo**
Sueldo básico	Sueldo básico
Prima de actividad	Prima de retorno a la experiencia
Prima de antigüedad	Subsidio de alimentación
Prima de academia superior	Duodécima parte de la prima de servicio
Prima de vuelo	Duodécima parte de la prima de vacaciones
Gastos de representación para Oficiales Generales	Duodécima parte de la prima de navidad
Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro	
Bonificación de los agentes del cuerpo especial	
Duodécima parte de la Prima de Navidad	

Como se observa, la norma no incluyó el subsidio familiar como partida a integrar en la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía, haciendo hincapié en el parágrafo del artículo 23 en cita, que ninguna otra prima, subsidio, bonificación, auxilio y compensación, sería computable para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales. Igualmente cabe anotar que los aportes que realizan todos los integrantes del cuerpo de Policía a la Caja de Sueldos de Retiro guardan congruencia con las partidas que les son incluidas en su asignación de retiro conforme a lo previsto en el artículo 26 ibidem.

Posteriormente se expidió el Decreto 1858 de 2012 en el que se fijó el régimen de pensión, de asignación de retiro y el porcentaje mínimo que constituiría la base de liquidación para el personal uniformado de Suboficiales y Agentes que se homologaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005 y de quienes ingresaron por incorporación directa a la institución antes de esta fecha, estableciéndose como partidas computables (Art. 3º) las señaladas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, pero con la posibilidad de que la asignación de retiro fuera equivalente al 100% de éstas de acuerdo al tiempo de servicio que prestara el uniformado.

De las normas referidas, se desprende entonces que en ninguna de las disposiciones legales y reglamentarias se ha previsto para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el derecho a que el subsidio familiar sea considerado partida computable para efectos de liquidación de su asignación de retiro a diferencia de lo previsto para los Suboficiales y Oficiales, a quienes sí se les integra, desde antaño este beneficio prestacional.

Es precisamente esa discrepancia la que discute la parte demandante quien alega la vulneración del derecho a la igualdad al haberse previsto en las normas una diferenciación entre estos dos grupos, situación que a su juicio termina afectando el núcleo familiar del uniformado que no ve reflejado el subsidio familiar en la asignación de retiro que percibe.

Al respecto, cabe resaltar que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” en sentencia del 25 de noviembre de 2019[1], C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, estudió la legalidad, entre otros, de los artículos 15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, 23 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004 y 3° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012; En relación con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública en general, esto es, Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional, a quienes se les incluye el *«subsidio familiar»* como factor salarial para efectos de computarles otras prestaciones como cesantías, asignación de retiro, indemnización por lesiones e indemnización por invalidez, expuso que no es posible predicar vulneración al derecho de igualdad de los miembros del nivel ejecutivo con los demás miembros de la Policía Nacional, por el hecho de no asignarle carácter salarial al «subsidio familiar» que perciben los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en actividad, porque se trata de regímenes disimiles.

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de 25 de noviembre de 2019 Expedientes: 11001032500020140018600 (0444-2014) - 11001032500020140155400 (5008-2014)

En efecto, la anotada sentencia sostuvo entre otras cosas lo siguiente:

> *"(…) 97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que «el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla, sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*
>
> *98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[2] como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[3] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[4]*
>
> *99. En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.*
>
> *100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado»[5] y, en tal medida, este tercer cargo no prospera.*

De igual manera, en la anotada sentencia, , el Consejo de Estado hizo análisis comparativo entre el régimen salarial de suboficiales, agentes y miembros del nivel ejecutivo y concluyó que *«no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y*

---

[2] *«Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera* Policial 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.»

[3] «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.»

[4] «Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.»

[5] «Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.»

progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado quienes, pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.».

CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado que en el sub lite la demandada reconoció al actor asignación de retiro de conformidad con los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y demás normas concordantes. En la referida prestación no se tuvo en cuenta el *subsidio familiar* recibido en actividad, al no estar consagrado como partida computable para la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

A través del presente medio de control, la parte actora pretende el reconocimiento y pago del subsidio familiar que percibió en actividad, como partida computable de su asignación de retiro, atendiendo al principio de igualdad e inaplicando para ese efecto los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, aduciendo que este concepto si es tenido en cuenta en las asignaciones de retiro de los demás ex uniformados de la Policía Nacional, esto es, Oficiales, Suboficiales y Agentes.

Expuesto lo anterior, y analizadas las normas que regulan la forma de liquidar la asignación de retiro de los oficiales o suboficiales y las que regulan al demandante, integrante del nivel ejecutivo, es posible identificar que, en efecto, hay un trato diferenciado en lo que se refiere al cómputo del subsidio familiar para la liquidación de dicha prestación, pues a esta última categoría de servidores no se les reconoce como partida computable mientras que a los primeros sí.

No obstante, aclara esta colegiatura que dicho trato diferencial por sí solo no implica el quebrantamiento del principio de igualdad que protege nuestra Carta Magna pues en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad. En este punto cabe precisar que el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa **el 27 de marzo de 2014 realizó control de legalidad sobre el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007,** en relación con el derecho a la igualdad dentro de la acción pública de simple nulidad Radicación número: **11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009)** M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en el que se precisó, entre otras cosas, lo siguiente:

> *… "En segunda medida, no obstante lo explicado anteriormente, la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:*
>
> *"i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;*
>
> *j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;"*

> ***De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones****.*
>
> *En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual "la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo";* ***así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones****.*
>
> *Así,* ***en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones****, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad. (…)" (resalta la Sala)*

Conforme lo anotado, es claro para esta colegiatura que en el presente asunto, no existe vulneración al derecho fundamental a la igualdad como erradamente lo predica la parte demandante, toda vez que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene una clasificación que obedece por disposición del legislador (*a través de las leyes marco*) a distintos criterios, dentro de los cuales se encuentran la naturaleza de las funciones que se desempeñan, las responsabilidades de los distintos cargos y las calidades exigidas para el ejercicio de dichas funciones, por lo que, bajo una perspectiva racional de servicio, los miembros de las fuerza pública válidamente pueden tener distinta remuneración y prestaciones, tal como lo concluyó la Sección Segunda del Consejo en sentencia del 25 de noviembre de 2019 traída a colación en párrafos anteriores, y en la que de manera acertada se afirmó que no existen presupuestos que permitan realizar un juicio de igualdad como lo pretende la parte actora, en tanto no es factible hacer una comparación para equiparar dos grupos que fueron creados en la ley bajo exigencias de vinculación, obligaciones y en sí, fines institucionales distintos, máxime cuando incluso quienes hacen parte del Nivel Ejecutivo pueden acceder a una asignación de retiro en la que se les computa partidas adicionales de las cuales los Oficiales y Suboficiales no gozan, sin que ello signifique que devenguen una prestación de retiro mayor, toda vez que es apenas lógico que quienes ostenten una mayor jerarquía tengan mayores beneficios.

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad que se alega sea aplicada por la parte actora, es preciso indicar que la misma encuentra su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, y permite a todo operador jurídico inaplicar para el caso concreto, una norma de inferior jerarquía, cuando esta resulte manifiestamente contraria a un precepto superior.

El máximo órgano de cierre constitucional ha definido que para dar aplicación a dicha figura, es necesario que aparezca acreditada una incompatibilidad clara y ostensible entre una norma de rango constitucional y otra de inferior jerarquía, que obligue a preferir la primera dado su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico.

En el presente asunto la Sala observa que el régimen aplicable a Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía reconoce el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, circunstancia que difiere de lo regulado sobre el mismo aspecto en el Decreto 1091 de 1995 y demás normas concordantes para los miembros del Nivel Ejecutivo a quienes no se les reconoce. Sin embargo, tal circunstancia en criterio de la Sala no configura por sí misma, la vulneración del derecho a la igualdad de las familias de los uniformados como lo alega el demandante, que sirva de fundamento a la excepción de inconstitucionalidad porque el régimen salarial y prestacional de estos servidores no está configurado con base en la composición y forma de las familias de estos servidores sino con fundamento en sus funciones, calidades y responsabilidades durante su actividad.

Conforme lo anotado, es claro para la Sala que, en el presente asunto, no existe vulneración al derecho fundamental a la igualdad como erradamente lo predica la parte demandante, toda vez que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene una clasificación que obedece, por disposición del legislador (*a través de las leyes marco*) a distintos criterios, dentro de los cuales se encuentran la naturaleza de las funciones que se desempeñan, las responsabilidades de los distintos cargos y las calidades exigidas para el ejercicio de dichas funciones, por lo que, bajo una perspectiva racional de servicio, los miembros de las fuerza pública válidamente pueden tener distinta remuneración y prestaciones, tal como lo concluyó en el fallo de primera instancia la Juez Novena Administrativa del Circuito de Ibagué, razón por la cual, la Sala confirmará el fallo proferido por esta, sin más consideraciones al respecto.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, se observa que el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Así mismo, el numeral 4 *ibídem* señala que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. Finalmente, el numeral 8 *ídem* consagra que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Visto lo anterior, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en cuenta que se confirma en su totalidad el fallo de primera instancia. Para el efecto, se fijarán como agencias en derecho, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios vigentes, que deberá ser liquidado por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 27 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas segunda instancia a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, reconociéndose como agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios vigentes. Por Secretaría del Despacho de origen, liquídese.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema justicia Siglo XXI.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA