

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-001-**2018-00332-01**
Interno: No. 2020-00062
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARCO FIDEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Demandada: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR
Asunto: Apelación de sentencia

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué el día veintisiete (27) de noviembre de 2019, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor MARCO FIDEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, obrando por conducto de apoderado judicial, instauro demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, solicitando las siguientes,

PRETENSIONES¹

De lo planteado por el vocero judicial de la parte actora en el escrito de la demanda, se advierte que lo pretendido en la presente causa judicial corresponde a lo siguiente:

(...)

- 1. “Se *INAPLIQUEN POR INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES LAS SIGUIENTES NORMAS:***
 - a.** *El párrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995.*
 - b.** *El párrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.*
 - c.** *El párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.*
 - d.** *El párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012.*

¹ Visto en folio 36 del Cuaderno Principal

Fallo de Segunda Instancia

2. *Se declare la nulidad de la **Resolución u oficio No. E-00003-201712454-CASUR Id:238799 del 14 de junio del año 2017**, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de mi poderdante.*
3. *A título de restablecimiento del derecho, se condene a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** a reconocer y a pagar a mi poderdante 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 la señora **YOLANDA MARTINEZ MORENO**, a su vez, un **5%** del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo **MARCO FABIAN HERNANDEZ MARTINEZ**, y por ultimo un **4%** del salario básico, porcentaje que corresponde a su segunda hija **LAURA SOFIA HERNANDEZ MARTINEZ**, junto con sus intereses e indexación desde el **03 de junio del 2016**, fecha en la cual se retiró de la institución policial.*
4. *Que la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** deberá pagar a mi poderdante 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.*

HECHOS²

Servirán como supuesto fáctico en este proceso los siguientes hechos jurídicamente relevantes de la siguiente manera:

1. *“El señor **MARCO FIDEL HERNANDEZ HERNANDEZ**, luego de superar el respectivo curso de formación, ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año de 1988 en la categoría de "Agente". Posteriormente, en el año 1994 fue homologado al nivel ejecutivo y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo".*
2. *Como efectivamente el señor **MARCO FIDEL HERNANDEZ HERNANDEZ** ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, inició la aplicación del decreto 1091 del año 1995, norma que en su momento edificó la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría. Esta disposición emitida por el gobierno nacional, en su artículo 15 y 49 dispuso que el subsidio familiar percibido por los uniformados, no constituye factor para liquidar prestaciones sociales.*
3. *Por lo anterior, mediante derecho de petición, mi poderdante solicitó a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** se le*

² Visto en folios 36-37 del Cuaderno Principal

Fallo de Segunda Instancia

reconociera, como partida computable dentro de la asignación de retiro, el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.

4. *Mediante acto administrativo No. E-00003-201712454-CASUR Id: 238799 del 14 de junio del año 2017, la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004 y su párrafo, toda vez que, anunciando que dichos instrumentos normativos no mencionan el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.*

5. *Actualmente el señor **MARCO FIDEL HERNANDEZ HERNANDEZ** devenga asignación de retiro por parte de la **CAJA DE SUELDOS DE LA POLICÍA NACIONAL** en un porcentaje del 93% de lo que corresponde a un Comisario de la Policía Nacional, y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar como factor de liquidación, esto de acuerdo a la resolución emitida por la entidad accionada No. 7150 del 28 de septiembre del año 2016.”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

Dentro del término de traslado que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR contestó la demanda de la referencia de forma extemporánea, y se opuso a las pretensiones demandatorias por considerar que carecen de fundamentos de hecho y derecho que las hagan prosperar, para lo cual expuso los siguientes argumentos defensivos:

“(…)”

*“De conformidad con el expediente administrativo correspondiente al señor **MARCO FIDEL HERNANDEZ HERNANDEZ**, se avizora que el mismo inicio como agente y posteriormente se trasladó a nivel ejecutivo de la Policía Nacional estando en este régimen y perteneció hasta la fecha de su retiro, de la institución; posteriormente la Caja de Sueldos de Retiro procede al reconocimiento de la asignación de retiro en (sic) con las partidas legalmente computables para el grado, reconociéndole la misma bajo el imperio del Decreto 4433 de 2004.*

En consecuencia, de lo anterior, la prestación del accionante se encuentra ajustada a los porcentajes fijados por el Decreto mencionado y con fundamento en los haberes certificados por la POLICIA NACIONAL en la hoja de servicios.

Dado que de manera voluntaria el actor se acogió al Nivel Ejecutivo, para su liquidación de asignación de retiro, se tomaron los criterios contenidos en el artículo 49 del Decreto 1091 de y Decreto 4433 de 2004.

(…)

Es así como el constituyente primario estableció en el artículo 218, que la Policía Nacional como cuerpo armado permanente de naturaleza civil tendrá un régimen de carrera, prestacional y disciplinario, y será la Ley quien determinará este régimen especial, por lo que se expiden las normas especiales para este tipo de funcionarios y es allí que encontramos las estipulaciones para los diferentes niveles de profesionalización Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, todos con una naturaleza y normatividad diferente, que para el caso en comento se describen

³Visto en folios 71-75 del Cuaderno Principal.

Fallo de Segunda Instancia

en el Decreto 4433 norma vigente y aplicable en el asunto de liquidación de partidas computables.

*Dichos regímenes no son discriminatorios ni desmejoran en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional o hicieron parte de ella, pues el Decreto 4433 de 2004, divide las partidas computables para Oficiales, Suboficiales y Agentes y los de Nivel Ejecutivo, garantizando así los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, así pues, si bien el Nivel Ejecutivo no contempló ciertas partidas que sí se encuentran en otro régimen, si procedió a mejorar otros aspectos como el incremento de la asignación básica, el reconocimiento de prestaciones sobre el 100% de las partidas computables cualquiera que fuera el tiempo de servicio, el derecho al pago de una prima de nivel ejecutivo, el pago de la prima de retorno a la experiencia, lo cual guarda armonía con la Constitución y las leyes laborales, en cuanto obligan al empleador a conservar unos beneficios mínimos sobre los cuales puede agregar mayores y mejores prerrogativas, pues lo que es prohibido son las desmejoras.
 (...)*

Su Señoría, por lo anteriormente expuesto, es importante aclarar, que en materia de subsidio familiar el Régimen del Nivel Ejecutivo no incluye tal prestación, como se observa en la hoja de servicios del actor, donde se aprecia que dicho ítem no es uno de los factores salariales.

Igualmente se puede manifestar, qué con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandante, lo que se observa es que el Nivel Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirando en su conjunto, se insiste, el régimen del Decreto 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor.”

SENTENCIA APELADA⁴

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué mediante sentencia emitida el 27 de noviembre de 2019, resolvió:

“PRIMERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Condenar en costas al señor MARCO FIDEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y a favor de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR-, para lo cual se incluirán como agencias en derecho el equivalente a 8 días de salario minio legal vigente al momento de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Por Secretaría, realizar las anotaciones de rigor, dejando las constancias correspondientes en el sistema “Siglo XXI” y una vez en firme, archivar el proceso.”

Para llegar a la anterior decisión el *a quo* consideró:

“(…)

⁴ Visto en folios 86-90 del Cuaderno Principal

Fallo de Segunda Instancia

“¿Es procedente inaplicar por inconstitucionalidad los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012?

(...)

Sea lo primero señalar que conforme a lo esbozado en el concepto de violación la demanda, la parte demandante considera que las normas de las cuales se solicita inaplicación son violatorios de las disposiciones contenidas en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política.

Se tiene que las normas constitucionales que la parte demandante considera como violadas, consagran la protección de los derechos de los menores y adolescentes, afirmando que son transgredidas por el Gobierno Nacional al proferir los decretos que desconocen la finalidad del subsidio familiar, de apoyar al sostenimiento familiar de los núcleos familiares que cuenten con dicho tipo de población.

Sin embargo, al confrontar los decretos salariales demandados con la Constitución Política, en especial los artículos citados, el Despacho no evidencia que se configure una palmaria y flagrante violación de las normas constitucionales que permita declarar la pretendida excepción de inconstitucionalidad o inaplicación, ya que ninguna de las disposiciones citadas riñe con el objeto de los mencionados actos administrativos.

En conclusión, al no evidenciarse la violación de normas de rango constitucional, de conformidad con las premisas jurídicas esbozadas, se considera improcedente la inaplicación de los mencionados decretos, bajo la excepción de inconstitucionalidad, por lo cual se procederá a negar dicha pretensión.

(...)

¿El demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada computando además de las partidas ya incluidas, el subsidio familiar?

(...)

Teniendo en cuenta que el demandante se retiró del servicio en la POLICÍA NACIONAL cuando ya habían sido incorporado al nivel ejecutivo, se concluye que su situación está regulada bajo las previsiones del numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, que reglamenta el régimen aplicable a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL.

Establecido lo anterior, se tiene que en dicho régimen el subsidio familiar no se encuentra incluida dentro de las partidas computables para la asignación de retiro, al tratarse de un régimen especial y más favorable al cual se accede de forma voluntaria, por lo cual se puede concluir que la parte demandante no tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada computando además de las partidas ya incluidas, el subsidio familiar.

Corolario de lo anterior, se concluye que la presunción de legalidad del acto administrativo acusado no fue desvirtuada, por lo tanto, se negaran las pretensiones de la demanda.”

LA APELACIÓN⁵

Oportunamente, el apoderado judicial del extremo accionante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de noviembre de dos mil

⁵ Ver folios 72-92 del plenario.

Fallo de Segunda Instancia

diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, para lo cual reitero los argumentos expuestos en el escrito de contestación a la demanda y agregó lo siguiente:

(...)

“PRIMER ARGUMENTO

*Honorables magistrados, de entrada, debo resaltar con precisión al respetado despacho que existe una seria falencia por parte del fallador de primera instancia al resolver el caso en cuestión, esto debido a que, tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la **igualdad de la familia de mi poderdante**.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, debe recordar este togado que, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado "**Juicio Integrado de Igualdad**".*

Nótese que la sentencia de primera instancia no hace referencia siquiera minúscula a dicha figura, lo anteriores trae consigo una evidente incongruencia procesal, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.

Teniendo en cuenta la ausencia del mismo, con mi debido y acostumbrado respeto me permito solicitar al despacho efectuar dicha tarea bajo los siguientes parámetros:

Del juicio integrado de igualdad.

Su señoría, teniendo en cuenta la estructura de la demanda que cursa ante su honorable despacho, la defensa técnica del extremo activo de la litis considera necesario poner de presente al despacho cuál es el tratamiento jurisprudencial que en la actualidad gobierna la aplicación del juicio integrado de igualdad, del cual se solicita aplicación en el caso bajo examen.

*Partiendo de lo anterior, me permito manifestar que el juicio integrado de igualdad posee una serie de elementos y pasos a seguir para su correcta aplicación, es por ello que, de conformidad con las sentencias **C-015 del año 2018** y **C-053 del año 2018** emitidas por la Honorable Corte Constitucional, se relata cuál es el margen jurídico a tener en cuenta para efectuar el estudio del citado juicio.*

La Corte Constitucional, acudiendo a jurisprudencia comparada del sistema anglosajón y europeo, estructuró un conjunto de herramientas que componen el juicio integrado de igualdad. Este modelo colombiano procuró mixturar los dos sistemas anotados con el fin de blindar judicialmente la protección del derecho a la igualdad.

(...)

Su señoría, partiendo de lo anterior, y bajo una esfera jurisprudencial, se logra detectar con plena claridad los criterios y elementos a tener en cuenta para la aplicación del juicio integrado de igualdad en el caso concreto.

Aplicación del juicio integrado de igualdad en el caso concreto.

“La justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”

Fallo de Segunda Instancia

Su señoría, este concepto de igualdad es tan antiguo como aplicable en nuestro tiempo, es por lo que, este ítem tiene por finalidad demostrar al despacho que las familias de los miembros del nivel ejecutivo en la actualidad son iguales sustancialmente con respecto de las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta los elementos del juicio integrado de igualdad, así como las pretensiones de la demanda y el escenario fáctico y probatorio del asunto bajo examen, respetuosamente solicito a su señoría aplicar el juicio integrado de igualdad bajo los siguientes parámetros:

Criterio o test aplicable en el caso particular: Leve.

Justificación: En el presente asunto se puede observar que el legislador brindó facultades extraordinarias al ejecutivo para regular los aspectos salariales de los miembros de la fuerza pública mediante Ley 180 del año 1995, norma que a su vez se expidió de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia de 1991, es decir, existe autorización expresa por la carta magna para ello. Por otra parte, no estamos frente a una prohibición expresa del inciso 1 del artículo 13 de la constitución nacional. (descarta el test estricto)

Por otra parte, no estamos frente a la trasgresión de otro derecho constitucional no fundamental o frente a un grupo históricamente desfavorecido. (descarta test intermedio).

Contrario a todo lo anterior, la finalidad consiste en observar si la situación del caso concreto se encuentra justificada razonablemente en argumentos constitucionalmente válidos.

Elementos, análisis y aplicación del test leve en el juicio integrado de igualdad

**Sujetos a comparar y tertium comparationis: Los sujetos a comparar en el asunto objeto de estudio son, por una parte, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por otro lado, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, en especial el de los oficiales.*

Nótese que nos encontramos frente a dos grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos poseen su eje constitucional en el artículo 42 de la Constitución Política, así mismo, los hijos e hijas poseen idénticas prebendas de acuerdo con el Código de la Infancia y la adolescencia, así como por el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por lo anterior, los dos grupos si son susceptibles de compararse, ya que, si bien es cierto, existe una diferencia fáctica en cuanto a que unos son el grupo familiar de un sector de la Policía, y otros pertenecen al núcleo de otro sector de la misma institución,

esta situación no hace perder de vista que son de idéntica naturaleza y que su protección constitucional se encuentra marcada sin ningún tipo de diferencia que les haga perder su esencia de familia.

**El bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual: el beneficio o ventaja que reciben las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional con respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo, corresponde a un mayor porcentaje de reconocimiento a título de subsidio familiar, ya que los primeros perciben hasta un 47% del sueldo básico del uniformado, y a las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo no se reconoce ningún porcentaje por la esposa, esposo, compañera o compañero permanente, y por los hijos, se reconoce un valor inferior por cada uno de ellos.*

Por lo anterior, estamos frente a un plano jurídico, más exactamente normativo, donde se reconoce una ventaja adicional entre grupos iguales. (solo a uno de ellos)

Fallo de Segunda Instancia

**El criterio relevante que da lugar al trato diferenciado: Su señoría, la justificación del por qué se brinda un trato diferenciado a los grupos objeto de comparación, teniendo en cuenta que el subsidio familiar materializa los postulados de los artículos 42, 44 y 53 de la Constitución Nacional, hasta el día de hoy no son visibles para el suscrito profesional, ya que, si bien es cierto, podrían existir justificaciones de carácter legal, considero que ninguna llega a realmente generar un planteamiento serio y conciso que permita desplazar a derechos constitucionales tan importantes como los son la familia, el menor y la igualdad*

*Por lo anterior, se detecta que no existe justificación constitucionalmente válida que permita sustentar aplicar de forma disímil el subsidio familiar para los uniformados de la Policía Nacional, **en caso contrario, solicito respetuosamente al despacho detectar los argumentos supremos que permiten afirmar tal evento, en especial, los que desplacen la protección prevalente del menor y adolescente colombiano, como parte íntegra de la familia.***

(...)

SEPTIMO ARGUMENTO

Así mismo, el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro de mi poderdante, por esto, es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia, esto de forma integral, es decir, detectando líneas en el tiempo diseñadas por las altas cortes, y observando cuáles limitantes se han impuesto y cuál margen de protección constitucional, de igual forma, verificando cómo la Honorable Corte Constitucional ha estudiado esta prebenda legal.

OCTAVO ARGUMENTO

Se observa que el A-quo condenó en costas a la parte vencida, anotando el cambio legal que refleja la aplicación de un carácter objetivo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, es necesario manifestar que dentro del proceso la entidad accionada no probó la causación de las costas, por ende, no es aplicable la imposición de las mismas.”

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionante, fue admitido mediante el proveído fechado el 5 de febrero de 2020⁶, posteriormente, en providencia del día 20 de febrero de 2020⁷, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con miras a que éste emitiera su concepto de fondo, como lo estipula la normatividad contencioso administrativa.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. *Competencia del Tribunal*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad con la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata

⁶ Visto en folio 98 del cuaderno principal.

⁷ Visto en folio 101 del expediente.

Fallo de Segunda Instancia

de una controversia originada en un (1) hecho sujeto al derecho administrativo en el que al parecer está involucrada una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada en contra de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, corresponde determinar si, el demandante (Comisario Retirado de la Policía Nacional, adscrito al régimen de Nivel Ejecutivo) tiene derecho a que la entidad demandada realice la reliquidación de su asignación de retiro e inclusión del subsidio familiar como factor salarial (como aplica en el reconocimiento de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional) o si, por el contrario, el acto administrativo acusado que denegó dicha pretensión se encuentra ajustado a derecho.

1.3. Definición del recurso

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte accionante en contra de la sentencia de primer grado.

2. Análisis sustancial

Pretende la parte accionante, se inapliquen los decretos mencionados en el petitorio de la demanda, del mismo modo se declaren nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. E-00003-201712454-CASUR ID 238799 del 14 de junio del año 2017, expedidos por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, por medio de la cual, resolvió denegar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

Previo a abordar el fondo del asunto, la Sala efectuará el análisis de los elementos de convicción allegados al expediente dentro del término legal y con el lleno de los requisitos formales.

2.1. Recaudo Probatorio

- a) Derecho de petición impetrado el 8 de junio de 2017, Rad. No. 237343, mediante el cual el demandante solicita la reliquidación y pago de la asignación de retiro, incluyendo el Subsidio Familiar en un 43% de su salario básico ante la entidad demandada (fls. 4-6 del cuaderno principal).
- b) Contestación de la petición de forma desfavorable, por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL a través del oficio No. E-201712454-CASUR id:238799 del 14 de junio de 2017 (fls.9 del cuaderno principal).

Fallo de Segunda Instancia

- c) Hoja de Servicios del señor MARCO FIDEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ mediante el cual se indica que, ingresó al servicio activo en calidad de agente alumno, el día 01 de julio de 1987 al 31 de diciembre de 1987, luego se desempeñó como agente desde el 01 de enero de 1988 hasta el 3 de junio de 1993, consecutivamente paso al cargo de suboficial a partir del 4 de junio de 1993 al 31 de mayo de 1994, posteriormente, ejerció en el nivel ejecutivo desde el día 01 de junio de 1994 hasta el 3 de junio de 2016 y finalmente fue dado de alta a partir del 3 de junio de 2016 al 3 de septiembre de 2016 (fls. 10 del cuaderno principal).
- d) Certificación expedida por CASUR el día 20 de septiembre de 2016, en donde se indica que el señor MARCO FIDEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ ostenta el cargo de Comisario ® y devenga las siguientes asignaciones salariales, a partir del mes de septiembre de 2016: Asignación básica, prima retorna a la experiencia, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y prima nivel ejecutivo. (fl 11 del cuaderno principal).
- e) Resolución No. 7150 del 28 de septiembre del año 2016, por lo cual se reconoce y ordena el pago de la asignación mensual de retiro señor MARCO FIDEL HERNANANDEZ HERNANDEZ (fl. 12 del cuaderno principal).
- f) Registro civil de matrimonio del demandante y registros civiles de nacimientos de sus hijos (fls. 13-15 del cuaderno principal).
- g) Desprendible de pago del señor MARCO FIDEL HERNANANDEZ HERNANDEZ (fl 53).
- h) Expediente administrativo del señor MARCO FIDEL HERNANDEZ HERNANDEZ allegado por parte de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL (fl 85).

En ese orden de ideas, previo a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

2.2. Marco jurídico y jurisprudencial.

Mediante el artículo 1° de la Ley 180 de 13 de enero de 1995⁸, se modificó el artículo 6° de la Ley 62 de 1993, consagrándose, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha entidad de la Fuerza Pública.

De igual forma, en el artículo 7° *ibídem*, se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objeto de regular, entre otros aspectos, las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del referido Nivel Ejecutivo, disponiendo en el párrafo que:

⁸ "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."

Fallo de Segunda Instancia

“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”.

De conformidad con las facultades antes señaladas, se expidió el Decreto 132 de 13 de enero de 1995, "por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional", el cual dispuso:

“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. (...)

Respecto del ingreso de agentes de la Policía al nivel ejecutivo de la misma institución, la citada norma dispuso:

“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 10. 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 20. 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.”

Sobre el régimen salarial dicho decreto dispuso en el artículo 15:

“ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional” (Subrayas fuera de texto).

El artículo 82 de la misma normativa dispuso:

"El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional."

Fallo de Segunda Instancia

Por otro lado, se expidió el Decreto No. 1091 de 27 de junio de 1995, por medio del cual se reguló el régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, contemplando, entre otros, los siguientes conceptos: prima de servicio del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y de navidad, así como el subsidio de alimentación y el familiar.

Y, en relación con el **subsidio familiar** como prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se dispuso 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.*

“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”.*

En cuanto, si fuere por retiro de servicio, el artículo 49 *ibídem*, indicó cuáles son las prestaciones que se le deben tener en cuenta para su reconocimiento y pago, así:

“CAPITULO II.

De las prestaciones por retiro

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 (Subrayado fuera de texto).*

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-691 de 2003, en relación con el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían

Fallo de Segunda Instancia

ya vinculados con la Policía y procedieron a optar por el traslado al nivel Ejecutivo, precisó lo siguiente:

“La Corte estima que dicho cuestionamiento corresponde a una indebida interpretación de la norma, pues ella no está diseñada para desconocer situaciones ya consolidadas sino para regular las condiciones de aquellos agentes y suboficiales que con posterioridad a su entrada en vigencia decidan ingresar al nivel ejecutivo de la Policía, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos por la institución. Así mismo, del contenido del párrafo no se desprende que se autorice despojar a los agentes y suboficiales de sus honores o pensiones como equivocadamente lo sugiere el demandante. (...)

Por lo demás, el Decreto 1791 de 2000, establece que para el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional debe mediar la solicitud del interesado, lo cual deja en manos del aspirante la decisión de postular o no su nombre para el cambio jerárquico dentro de la institución. Pero si por alguna razón el aspirante no es favorecido con el ingreso, permanecerá en el nivel en el que se encontraba y conservará el régimen salarial y prestacional previsto para esa categoría. Tal circunstancia implica entonces el respeto de sus derechos, honores y pensiones y lo deja en libertad de quedarse, si lo considera más favorable de acuerdo con sus intereses, en el nivel en el que se encuentre.

De las precitadas disposiciones se colige que quienes pertenecían al nivel de suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del Nivel Ejecutivo y, que quienes así lo hicieran, debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, dejándose claro que no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.

Cabe señalar que mediante sentencia de única instancia del **25 de noviembre de 2019** proferida dentro del proceso acumulado **110010325000201400186-00 (0444-2014)** y **110010325000201401554-00 (5008-2014)**, con ponencia de la Consejera SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, definió dos demandas de Nulidad que cuestionaban parcialmente el contenido de los artículos 8, 16 y 51 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994; 7, 15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; 23 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, y, 3 del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, específicamente en los apartes que señalan, que para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, la «*prima del nivel ejecutivo*» y el «*subsidio familiar*» no tienen carácter salarial, es decir, que no constituyen partidas computables para tales efectos.

Uno de los problemas jurídicos que abordó el Consejo de Estado en la prenombrada sentencia fue el de determinar si los decretos demandados desconocieron el concepto legal de salario, pues según afirman los actores, la «*prima del nivel ejecutivo*» y el «*subsidio familiar*» al ser emolumentos que reciben los miembros del Nivel Ejecutivo de forma habitual y periódica, deben computarse como factor de este, para todos los efectos legales.

Para dar solución al anterior problema jurídico, el Consejo de Estado se remontó al origen, propósito y naturaleza jurídica del «*subsidio familiar*», destacando que de la legislación vigente sobre el subsidio familiar, se desprenden las siguientes características fundamentales del subsidio familiar:

- *No constituye salario ni se computará como factor de este en ningún caso, toda vez que su finalidad no es la de retribuir directamente la prestación del servicio, sino*

Fallo de Segunda Instancia

que desde su creación se estableció como una prestación social cuyo propósito es subvencionar las cargas económicas que para el trabajador representa el sostenimiento de la familia.

Es una dádiva pagadera al beneficiario y su núcleo familiar en dinero, servicios o especie, ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de bienes distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales organizados por las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente.

- *Cobija a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).*
- *Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia, conforme el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual «El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia».*
- *Por regla general es inembargable, salvo las excepciones previstas en la ley.*

En cuanto al origen, objeto y naturaleza jurídica de la «prima del nivel ejecutivo», sostiene la providencia que fue creada por el Decreto Reglamentario 1029 de 1994 a través del cual se desarrolló la Ley Marco 4ª de 1992, en los siguientes términos:

«Artículo 8°. Prima del nivel ejecutivo. *El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad.»*

Posteriormente, el Decreto 1091 de 1995 con la mencionada «prima del nivel ejecutivo», así:

«Artículo 7°. Prima del nivel ejecutivo. *El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad.»*

Por lo anterior destacó que la «prima del nivel ejecutivo» es un emolumento creado por el Ejecutivo, a favor del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encuentre en servicio activo, dentro del régimen salarial y prestacional creado con la finalidad de mejorar las condiciones de los miembros pertenecientes a este nivel de la institución policial, la cual, por expresa disposición legal, no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad, dado que la aludida prima tampoco retribuye la prestación del servicio, como sí lo hace la asignación básica mensual.

Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la alta Corporación encontró a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994; 7, 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995; 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3.º del Decreto 1858 de 2012, que casos en los que el Gobierno Nacional señaló, que la «prima del nivel ejecutivo» y el «subsidio familiar» no tienen carácter salarial, cuya nulidad piden los demandantes, no desconocen las normas que consagran el concepto de salario.

Fallo de Segunda Instancia

Por consiguiente, concluyó el Consejo de Estado, que los decretos parcialmente acusados se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 2° de la Ley 4a de 1992, para efectos de determinar los factores salariales, expuestos en el acápite precedente. Por el contrario, atribuirle carácter salarial a una determinada prestación, por vía judicial, cuando el Gobierno Nacional en el respectivo decreto salarial determinó lo contrario, podría alterar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como las limitaciones presupuestales de la entidad, por lo que en este sentido encontró razonable que el «*subsidio familiar*» y la «*prima del nivel ejecutivo*» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946, 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, 10 del Decreto Ley 1160 de 1989, 14 de la Ley 50 de 1990 y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.

3. Caso concreto

Teniendo en cuenta los antecedentes legales y jurisprudenciales que rigen el presente asunto, así como el soporte probatorio allegado el expediente, de entrada indica esta Corporación que el extremo demandante no tiene derecho a que se le reliquide el salario con el objetivo de incrementar el subsidio familiar como ha sido descrito en el caso *sub-examine*, lo anterior en aplicación de los artículos 8 y 16 del Decreto 1029 de 1994 y, como lo considero el órgano de cierre jurisdiccional en las sentencias fechadas el 25 de noviembre de 2019 proferida dentro del proceso 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), con ponencia de la Consejera SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en los casos en los que el Gobierno Nacional señaló que la «*prima del nivel ejecutivo*» y el «*subsidio familiar*» no tienen carácter salarial y que tal exclusión no desconoce las normas que consagran el concepto de salario.

En virtud de lo anterior, queda demostrado que al demandante se le deben aplicar los decretos 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, es decir, el monto de la asignación siendo retirado o activo dependiendo el caso, no está sujeto a la inclusión del subsidio familiar en su asignación salarial.

Por lo expuesto, la Sala encuentra que la Resolución No. E-00003-201712454-CASUR ID 238799 del 14 de junio del año 2017, expedidos por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, por medio de la cual, resolvió denegar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, se ajustan a derecho.

De otra parte, resulta necesario determinar si el trato desigual, entre los agentes y suboficiales de la Policía Nacional, a quienes se les reconoce el subsidio familiar, y el personal del “Nivel Ejecutivo”, a quienes no se les reconoce dicha prestación en su asignación de retiro, resulta discriminatorio.

El Honorable Consejo de Estado, por medio de las mencionadas sentencias del 25 de noviembre de 2019, radicados 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), estudio el tema relativo al derecho a la igualdad en el ordenamiento jurídico colombiano y bloque de constitucionalidad, manifestando al respecto:

“(…)

El mencionado tribunal ha señalado que el artículo 13 superior regula varias dimensiones del derecho a la igualdad: (i) La formal o ante la ley, que se relaciona

Fallo de Segunda Instancia

con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto que involucre una distinción irrazonable basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien; (iii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

*En lo relacionado con el derecho a la igualdad en materia salarial, se tiene que Colombia adoptó el Convenio de la OIT 111 de 1958, «relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación» , señala que «el término discriminación comprende: **(a)** cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; **(b)** cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados». Sin embargo, el mencionado convenio hizo la salvedad de que «las distinciones, exclusiones o preferencias (salariales) basadas en las **calificaciones** exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación».*

(...)

*De acuerdo con lo anterior, la Subsección encuentra que existe una relación directa entre el nivel de preparación de los miembros de la Fuerza Pública y el grado que ostentan en la jerarquía correspondiente, de tal manera que ocupar un lugar superior en el escalafón otorga ciertos derechos de **mando y decisión**, frente a aquellos de apoyo atribuidos a los que ocupan un nivel inferior, los cuales no podrían ser desconocidos sin atentar contra el derecho a la igualdad consagrado en la norma superior. Así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-676 de 2001, al decidir una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión «oficial» contenida el artículo 35 del Decreto 1791 de 2000.*

(...)

Lo anterior, permite establecer que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del nivel ejecutivo; y, que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional establecido por el Gobierno Nacional para dicho nivel.

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» y, en tal medida, este tercer cargo no prospera.»

Otro asunto que se trató en la sentencia señalada anteriormente se ocupó de determinar si se desconocieron los principios laborales de «favorabilidad», «prevalencia de la condición más beneficiosa» y «progresividad», porque en criterio

Fallo de Segunda Instancia

de la parte demandante, la normativa acusada desmejora la situación laboral de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, ya que las normas que se encontraban vigentes antes de su expedición, esto es, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, sí le atribuían al «*subsidio familiar*» la connotación de factor salarial para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los uniformados de la Fuerza Pública.

En este sentido, el Consejo de Estado señaló que: (i) El Nivel Ejecutivo es un grado diferente al de los Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional, que tiene un régimen salarial y prestacional propio; (ii) que los Oficiales y Agentes de la institución tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del Nivel Ejecutivo; y, (iii) que quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, sin ser desmejorados o discriminados, en todo caso, en su situación laboral.

De igual forma, se analizó el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, y encontró que a sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos, por las siguientes razones:

- Si bien el Decreto 1091 de 1995 no reconoció la prima de actividad para los miembros del Nivel Ejecutivo, no se puede desconocer que estos devengan la «*prima del Nivel Ejecutivo*» en un equivalente al 20% de la asignación básica mensual.
- El Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995, no contempló el reconocimiento de la prima de antigüedad, pero sí estableció la prima de retorno a la experiencia, la cual se reconocía desde el primer año de servicio en el grado de intendente.
- A los miembros del Nivel Ejecutivo no se les reconoce la bonificación por buena conducta o por desempeño distintivo, no obstante, como su nombre lo indica, esta no es una prestación con carácter de derecho adquirido, sino de una bonificación condicionada por distintivos de buena conducta o desempeño, prerrogativa que no se puede asegurar hacia el futuro, y bien podía el legislador eliminarla, como lo hizo, pues no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, sin embargo se insiste, el Decreto 1091 de 1995 fijó otros reconocimientos.
- Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.

Igualmente recordó que, si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, **ni del subsidio familiar con carácter salarial**, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación, indicando que, en sentencia de 15 de marzo de 2018, esa Subsección señaló:

Fallo de Segunda Instancia

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.»

Recalcándose en este asunto que la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del parágrafo del artículo 10 del Decreto Ley 1791 de 2000 consideró que esta norma previó el régimen salarial al que se sometería el personal que ingresara al nuevo nivel jerárquico del Nivel Ejecutivo, de manera que no modificó el régimen salarial y prestacional de los agentes y suboficiales, por lo que tampoco podía desconocer los derechos mínimos de los trabajadores o a privarlos de sus honores y pensiones, motivos suficientes para que esta Sala confirmé la sentencia que fue recurrida por la parte demandante.

De la condena en costas de primera instancia

De igual manera el extremo actor alega no estar de acuerdo con la condena en costas impuesta en primera instancia, por lo que, a su vez, solicita revocar el fallo recurrido en tal sentido.

Ahora bien, a orden de resolver lo pertinente, se ha de precisar que el concepto de costas procesales equivale en general a los gastos en que se debe incurrir para obtener judicialmente la declaración de un derecho. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

Al respecto el artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

Fallo de Segunda Instancia

“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.”

Así, en el *sub-lite* es claro que las partes obraron a través de apoderado judicial, por lo cual es dada la condena en costas por concepto de agencias en derecho, es decir, los gastos en que pueda incurrir tanto la parte actora como la entidad accionada por el pago de honorarios al profesional de derecho que ejerza su representación judicial.

Por su parte, el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso fija las reglas para la determinación de las costas, en los siguientes términos:

1. 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. Además, en los casos especiales previstos en este código...”

***8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
 “(...”***

La lectura del texto normativo en cita, nos permite establecer como primera medida que el Legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de la parte que promovió o se opuso a la demanda o el incidente etc.

Asimismo, que el Juzgador podrá abstenerse de realizar condena en costas o pronunciar condena parcial, cuando se acceda parcialmente a las pretensiones demandatorias, es decir, que éste de acuerdo a su autonomía, interpretación y libertar que la Constitución y la Ley le atribuye, puede a su juicio determinar si efectúa o no la correspondiente condena en costas, concluir si hay o no lugar a estas ante la culminación de una causa judicial.

Ahora bien, y teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales citados en el recurso de alzada, es menester para ésta Corporación precisar que el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P. fue adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, siendo esta tesis la que acoge la Sala de decisión en esta providencia.

A *contrario sensu*, no se atiende la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, entre estas la Sección Segunda, Subsección B, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad

Fallo de Segunda Instancia

de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A., si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas; razón por la cual, no es de recibido para ésta Colegiatura los argumentos esgrimidos por la parte demandante, y en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, como quiera que al extremo demandante le asiste la imposición de acarrear las erogaciones económicas en que incurrió la contraparte por el pago de agencias en derecho para obtener judicialmente la declaratoria de lo pretendido, al haber resultado vencida en la presente causa judicial.

Finalmente, y como quiera que en el *sub lite* se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandante (Art. 365-1 C.G.P.), se impone confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3 *ibídem*)⁹, y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A.), es menester de la Sala realizar la correspondiente condena en costas en esta instancia, a favor de la parte demandada y a cargo de la parte accionante, siempre que aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación, se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

De otro lado reconózcase personería jurídica al señor Julián Andrés Troncoso Rodríguez como abogado sustituto de la parte accionante, según las facultades que obran en el poder que reposa en el expediente (fl 115).

4. Síntesis.

Planteado así el escenario procesal, esta Corporación confirmará la sentencia apelada proferida el 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué.

En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

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,

⁹ “Artículo 365. Condena en costas. (...)”

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)”

Fallo de Segunda Instancia

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMASE** la sentencia apelada proferida el 27 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: **CONDENASE** en costas de la segunda instancia a la parte demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación, se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: **RECONÓZCASE** personería a Julián Andrés Troncoso Rodríguez, como abogado sustituto de la parte accionante, conforme al poder que reposa en el expediente (fl 115).

CUARTO: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante las cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada a través de medios electrónicos, en Sala de la fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE ANDRES ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4782a2aec06012c83a5f0236737a5da72328789be834eb99b417b149c426f63a**
Documento generado en 24/09/2021 09:43:43 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>