

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 21 de octubre de dos mil veintiuno

RADICACIÓN: 73001-33-33-004-2019-00211-01
NÚMERO INTERNO: 00874/2020
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Alexander José Gregorio Ávila Mayorga
APODERADO: Julio Ernesto Manjarres Tapiero
DEMANDADO: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional
APODERADO: Jorge Andrés Alvarado Alonso
REFERENCIA: Apelación Sentencia.

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **Sentencia del 29 de septiembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por el señor **Alexander José Gregorio Ávila Mayorga** contra la **Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional**, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

El señor **Alexander José Gregorio Ávila Mayorga** mediante apoderado judicial interpuso medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A, contra la **Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional**, con el fin que se despachen las siguientes:

Declaraciones y condenas (fls. 3 a 4, documento 001. *Cuaderno principal*, expediente digital).

- Se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas; artículo 23 del Decreto 122 de 1997, artículo 29 del Decreto 58 de 1998,

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “*Estado de Emergencia económica, social y ecológica*” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

artículo 30 del Decreto 062 de 1999, artículo 30 del Decreto 2724 del 2000, artículo 29 del Decreto 2737 de 2001, artículo 29 del Decreto 745 de 2002, artículo 29 del Decreto 3552 de 2003, artículo 29 del Decreto 4158 de 2004, artículo 29 del Decreto 923 de 2005, artículo 29 del Decreto 407 de 2006, artículo 29 del Decreto 1515 de 2007, artículo 28 del Decreto 673 de 2008, artículo 27 del Decreto 737 de 2009, artículo 27 del Decreto 1530 de 2010, artículo 27 del Decreto 1050 de 2011, artículo 27 del Decreto 842 de 2012, artículo 27 del Decreto 1017 de 2013, artículo 27 del Decreto 187 de 2014, artículo 27 del Decreto 1028 de 2015, artículo 27 del Decreto 984 de 2017 y artículo 28 del Decreto 324 de 2018.

- Se declare la nulidad de la Resolución número S-2017-022816/ ANOPA – GRUNO 1.10 del 25 de junio de 2017, mediante el cual se negó la reliquidación del salario del señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga incluyendo el **subsidio familiar** en un 30% del salario básico por concepto de su compañera, y un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo.

A título de restablecimiento del derecho

- Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a reconocer y pagar a mi poderdante la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional, donde se incluya la partida de Subsidio Familiar bajo los siguientes parámetros:
Primero en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde por su compañera Diana Yaneth Velásquez Urrea, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 1 de marzo de 2005, fecha de la unión marital de hecho.
Segundo en un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primer hijo Johan Thomas Ávila Velasquez, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 4 de julio de 2010, fecha de nacimiento.
- Se condene a la entidad a pagar los dineros retroactivos correspondientes a prestación, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado; más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.
- Que en el evento en que se retire o sea retirado de la Policía Nacional se incluya como factor prestacional el Subsidio Familiar en un 35% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.
- Se de cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos.

En forma sucinta, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos (fls. 4 a 5, documento 001. *Cuaderno principal*, expediente digital):

- Que el accionante ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1997 ostentando la categoría de alumno. Luego de la aprobación del respectivo curso de formación, ascendió al grado de patrullero, y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado “*Nivel Ejecutivo*”.
- En su recorrido laboral y bajo su esfera personal, el accionante contrajo unión marital de hecho con la señora Diana Yaneth Velásquez Urrea, y así mismo, procreó al menor Johan Thomas.

- Que el accionante luego de observar las diferencias salariales por concepto de subsidio familiar en la institución a la cual pertenece, presentó ante la Dirección General de la Policía Nacional, solicitud para que se le reliquidara su salario mensual e incluyera la prima de subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al restante de uniformados de la institución.
- Teniendo en cuenta la petición elevada por el demandante, la Policía Nacional expidió la Resolución u oficio número S-2017-022816/ ANOPA – GRUNO- 1.10 del 25 de junio del año 2017, por medio de la cual resolvió negar las pretensiones del petitorio extendido, sustentando su posición en las normas que actualmente gobiernan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Normas violadas y concepto de la violación (fls. 8 a 20 documento 001. *Cuaderno principal*, expediente digital).

A juicio del apoderado de la parte actora, se trasgredieron los artículos 23 del Decreto 122 de 1997, artículo 29 del Decreto 58 de 1998, artículo 30 del Decreto 062 de 1999, artículo 30 del Decreto 2724 del 2000, artículo 29 del Decreto 2737 de 2001, artículo 29 del Decreto 745 de 2002, artículo 29 del Decreto 3552 de 2003, artículo 29 del Decreto 4158 de 2004, artículo 29 del Decreto 923 de 2005, artículo 29 del Decreto 407 de 2006, artículo 29 del Decreto 1515 de 2007, artículo 28 del Decreto 673 de 2008, artículo 27 del Decreto 737 de 2009, artículo 27 del Decreto 1530 de 2010, artículo 27 del Decreto 1050 de 2011, artículo 27 del Decreto 842 de 2012, artículo 27 del Decreto 1017 de 2013, artículo 27 del Decreto 187 de 2014, artículo 27 del Decreto 1028 de 2015, artículo 27 del Decreto 984 de 2017 y artículo 28 del Decreto 324 de 2018.

Afirmó que, para el año 1982 existía regulación en el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros de la Policía Nacional; por un lado el Decreto 613 de 1977 estableció que los Oficiales y Suboficiales tenían derecho al reconocimiento del subsidio familiar, mientras estuviesen en actividad, bajo los porcentajes del artículo 54 del Decreto: un 30% del salario básico para los casados o viudos con hijos, un 5% del salario básico por el primer hijo y un 4% adicional por cada hijo demás, sin que se sobrepase de un 17% por concepto de hijos. Por otro lado, bajo los mismos porcentajes se estableció el pago de la citada prima para los Agentes mediante Decreto 609 de 1977, artículo 12.

Indicó que, se configura nulidad del acto por transgresión del derecho a la igualdad por parte de las entidades demandadas. Además, que existe una flagrante discriminación con respecto de la aplicación del reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, ya que no es válido aceptar, desde una perspectiva convencional, constitucional o legal que dicha aplicación deba emplearse de forma diferente entre las categorías que componen la institución policial, esto bajo la mirada directa de la finalidad de la prestación social.

Seguidamente expresó que, se debe proporcionar igual protección a quienes se arropan de características iguales, no siendo justo que las familias de los miembros del nivel ejecutivo se excluyan, de la forma más falaz, burda y grosera de dicha protección.

Señaló la configuración de nulidad del acto administrativo por violación del derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación del menor colombino, señalando que no puede existir ningún tipo de discriminación entre los menores,

por el contrario, debe evidenciarse igualdad material, verificable en las actuaciones estatales. Asimismo, que existe nulidad del acto por transgresión del principio de progresividad y prohibición del retroceso, el cual consiste en que el estado proporcione con el paso del tiempo, mayor y mejor cobertura en términos de seguridad social para todos los trabajadores del sector público y privado.

Por último, recalcó que el subsidio familiar es una protección 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 nivel ejecutivo

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado mediante auto interlocutorio del 22 de mayo de 2019 (fl. 68), el término de traslado corrió del 6 de septiembre de 2019 (fl. 78 vto), al 23 de octubre de 2019 (fl. 113) las entidades demandadas presentaron las siguientes consideraciones:

Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional (fls. 79 a 89 vto, documento 001. Cuaderno Principal, expediente digital).

Mediante apoderada judicial la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones *“Ineptitud sustantiva de la demanda”*, *“Acto administrativo ajustado a la constitución y a la ley”*, *“Inexistencia del derecho y la obligación reclamada”*, *“Cobro de lo no debido”*, y *“Pago actual del subsidio familiar al demandante”*.

Argumentó que, el demandante en su calidad de subintendente de la Policía Nacional, solicita la reliquidación del salario mensual que actualmente devenga, con incremento de la partida de subsidio familiar en los mismos términos que se aplica para los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la institución, sin embargo, dicha apreciación se torna imprecisa, sobre todo teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, ya que el actor realiza un comparativo únicamente respecto de una de las partidas que componen su salario, y no de manera integral. Por lo que, si así lo hiciera notaría que su salario compuesto por todas las primas, bonificaciones y demás, supera al de los miembros de la institución con quienes aduce estar recibiendo un trato discriminatorio.

Seguidamente señaló que los actos administrativos demandados y de los que también se pide inaplicación por ser inconstitucionales, mediante los cuales se le negó al demandante el reconocimiento y pago del subsidio familiar, fue estructurado atendiendo los presupuestos procesales de existencia validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la administración. Recalcó que los actos fueron expedidos por los funcionarios y las autoridades competentes, lo que permite afirmar con certeza que tal actuación no fue desproporcional, ni transgredió derecho fundamental alguno, sino que se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso en litigio y por ello, gozan del principio de legalidad y transparencia.

Afirmó que se debe declarar la inexistencia del derecho reclamado por el accionante, como quiera la Policía Nacional dio cumplimiento estricto a lo establecido en los

Decretos Nos. 1091 de 1995, Decreto 133 de 1995 y 4433 del 31 de diciembre de 2004, normatividad aplicable para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Solicitó se declare a la entidad demandada, exonerada de la obligación de reconocer y pagar lo solicitado en las pretensiones de la demanda, ya que no es procedente conceder lo pretendido, ya que de hacerse, sería creando un tercer régimen relacionado con lo favorable de los Decretos Nos. 1212 y 1213 de 1990 que aplica para los Oficiales y Agentes , 1091 de 1995 y 4433 de 2004 que aplica para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, cuando se debe tener en cuenta y aplicar el principio de inescindibilidad de la Ley.

Por último, recalcó que conforme las comunicaciones oficiales número S-2019-007251-DITAH por medio del cual el Jefe del Grupo de novedades de nómina de la Policía Nacional certificada que para el 2018 el actor percibe subsidio familiar por valor de \$31.390 y S-2019-013136 DITAH de fecha 12 de marzo de 2019, mediante el cual se allega información en la que se indica que desde el año 2010 el demandante percibe subsidio familiar.

LA SENTENCIA APELADA.

El **Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020**, (fls. 216 al 227) negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, citó en primera medida al Honorable Consejo de Estado² indicando que al analizar si el régimen laboral y prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional señaló que si bien, el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo no produce con exactitud el previsto para el personal de agentes de la institución, este hecho no supone *per se* una discriminación o desmejora en materia laboral para los miembros de este nivel. Por el contrario, que del análisis conjunto de ambos regímenes permite advertir que, las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo en el Decreto 1091 de 1995 superan en monto a las contempladas para el personal de agentes de la Policía Nacional.

Recalcó que, si bien el régimen laboral del Nivel Ejecutivo no contempló algunas de las prestaciones del régimen laboral y prestacional del nivel de Agentes de la Policía Nacional, que en conjunto las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de dicha entidad, previsto en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de agentes de la Policía Nacional en el Decreto 1213 de 1990. De tal manera, pese a que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contempló el subsidio familiar en el mismo porcentaje contemplado para los Agentes, lo cierto es que en dicho régimen se incluyeron partidas adicionales, lo que en conjunto arroja una asignación básica mensual muy superior a lo que se reconoce en el grado de Agente.

Por último, indicó que no puede pretender el demandante ser beneficiario de un régimen mixto integrado por la asignación salarial del Nivel Ejecutivo y los factores salariales y prestacionales del Decreto 1213 de 1990, al cual tenía derecho como

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 12 de octubre de 2017, Radicación número 25000-23-42-000-2014-04128-01 (2165-16) del 15 de marzo de 2018, Actor: J.A.C.S., Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

agente, en la medida que se estaría contrariando el principio de inescindibilidad de la Ley.

La apelación (fls. 234 a 257 vto, documento 001. *Cuaderno Principal*, expediente digital).

La apoderada judicial de la parte **demandante**, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que la misma presentó varias falencias al resolver el caso, por lo que se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del accionante, recalcando que el denominado Juicio Integrado de Igualdad no se estudió en la sentencia de primera instancia, lo que trae consigo una evidente incongruencia procesal.

Como segundo punto difirió de lo expuesto en primera instancia respecto de la imposibilidad de mezclar 2 regímenes, extrayendo lo más favorable de cada uno para así crear un tercer régimen, por cuanto trasgrede el principio de inescindibilidad, argumentando que de conformidad con la teoría universidad de los derechos fundamentales suscrita por Robert Alexy. Además, que la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los artículos de la Constitución Política de Colombia.

Como tercer argumentó expresó, que no es de recibo la afirmación de que el régimen salarial del accionante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo. Que es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, no es constitucionalmente válido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias son los directamente afectados.

Como cuarto punto, respecto al argumento del juez de primera instancia de que, el ingreso al nivel ejecutivo por parte del actor fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría policial, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que conocía desde su inicio laboral, refirió que esto desde una óptica legal sería válido, sin embargo, se considera constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho de que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que así el actor conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del asunto.

Como quinto argumento indicó que, el Juez de primera instancia podría negar las pretensiones de la demanda en consideración a la Sentencia emitida por el Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2019 (no individualizó la jurisprudencia a que hace referencia), al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. No obstante, que este argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho Colombiano, puesto que si bien protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el

supuesto principio desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente colombiano.

Además, que la sostenibilidad fiscal no es un principio, sino un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.

El en sexto punto de la apelación, expresó que los empleados públicos de ingresos altos son los que superan el promedio ponderado de los salarios de los empleados públicos del sector central colombiano, por el contrario, los que están por debajo de este promedio se consideran de ingresos bajos.

En séptima medida, manifestó que el juez no puede desconocer el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, inclusive de oficio cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía.

Como octavo punto indicó que efectivamente existen sentencias del Consejo de Estado analizando un tema similar al que nos ocupa, sin embargo, esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso que nos ocupa, por cuanto en esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, y que bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existiera un desmejoramiento salarial. Además, que la jurisprudencia citada en primera instancia no es fundamento suficiente que permita sustentar un fallo nugatorio, toda vez que, las diferencias de hecho y de derecho que gobiernan dicho fallo son disimiles al caso en cuestión.

Seguidamente, como noveno argumento respecto a que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro, citó la sentencia C-337 de 2011³ entre otras, concluyendo que:

- i. El subsidio familiar, por su finalidad no es una prebenda laboral cualquiera, ya que su fin es la base que permite materializar los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.
- ii. El titular directo del subsidio familiar no es el trabajador sino el núcleo familiar
- iii. Que es necesario verificar los términos de aplicación del subsidio familiar en el sistema prestacional de la Policía Nacional.
- iv. Se evidencia que, en todo el sistema laboral de la fuerza pública, los únicos uniformados a los cuales no se les reconoce el subsidio familiar en términos paritarios es a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, siendo esto discriminatorio.
- v. Que en el presente asunto no existe motivo que inspire o cimiente la desigualdad en la fuerza pública colombiana.
- vi. El subsidio familiar por ser una prestación social, no debe ser incluida en las pensiones, ya que esta última también posee la misma naturaleza y son incompatibles entre sí.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 2011, Referencia: expediente D- 8292, Demanda de inconstitucionalidad contra el literal c), numeral 6, artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, “*Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones*” Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia del 4 de mayo de 2011.

vii. Que existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta prima especial.

Por último, expresó respecto de la condena en costas, que la entidad accionada no probó causación de las cosas, por ende, no es aplicable la imposición de las mismas.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de agosto de 2021 (fls. 1 a 8, documento 008_AUTO ADMITE APELACIÓN), se admitió el recurso de apelación; con auto de sustanciación del 8 de septiembre de 2021 (fls. 1 a 3, documento 013_AUTO CORRE TRASLADO), se ordenó correr traslado para que el Ministerio Público emitiera su concepto y las partes presentaran sus alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de las partes.

Parte demandante (fls. 2 a 21).

Indicó que el subsidio familiar no es una prestación común y corriente, y que es por ello que surge la inminente necesidad de verificar sus elementos internos, tanto legales como jurisprudenciales para así observar si efectivamente hubo transgresión de los derechos anotados; manifestó que este subsidio es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos resaltando el hecho de que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda. Asimismo, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

De la parte demandada.

Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (fls. 2 a 26, documento 017_POLICÍA NACIONAL ALEGA, expediente digital).

Mediante apoderado judicial allegó escrito alegando que no es cierto que existan diferencias abismales que violenten el derecho fundamental a la igualdad y que por ello el demandante tenga derecho a un régimen salarial prestacional y salarial al cual no pertenece, en razón que el mismo pertenece al nivel ejecutivo (Decreto 1091), y pretende que le apliquen un régimen diferente, esto es el de los agentes, suboficiales y oficiales (Decreto 1213 y 1212), contraviniendo el principio de inescindibilidad o conglobamento.

Además, que es cierto que el demandante fue miembro del nivel ejecutivo en el grado de patrullero, pero pretende deshilar los regímenes salariales y prestacionales de la fuerza pública, para crear uno nuevo que le convenga. Y que a la fecha las personas que deseen acceder a la Policía Nacional como servidores públicos, pueden acceder al escalafón del nivel ejecutivo o al nivel directivo u oficiales y ello implica que, desde la entrada a los cursos de formación, se sabe que régimen salarial, prestacional y de responsabilidad se tiene en la entidad y es potestativo de cada persona el escoger a cuál nivel dentro de la carrera policial desea pertenecer.

Por último, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda indicando que, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

Así las cosas, no encontrándose nulidad que invalide lo actuado pasa la Sala a pronunciarse de fondo en esta instancia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º.-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importe esclarecer que, el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto lo marca el libelo impugnatorio, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia⁴ y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de un acto administrativo supuestamente dictado en contravía de la legalidad, el cual se le imputa a la entidad demandada.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma o revoca la sentencia de primera instancia del *a quo*, en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda, o si por el contrario el señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga tiene derecho a que se le reliquide el salario incluyéndose como partida el **subsidio familiar**, junto con los intereses e indexaciones desde el 1 de marzo de 2005 hasta la fecha.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes precisiones:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército, Referencia: Acción de Reparación Directa - Apelación Sentencia) (Sentencia de Unificación Jurisprudencial).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Ley 1437 de 2011, Sentencia O-222-2018.

En la apelación se advierte contradicción con los criterios que dieron lugar a la reliquidación salarial del señor **Alexander José Gregorio Ávila Mayorga** a través del acto administrativo acusado (fls. 40 a 41), aduciendo una falta de juicio integrado de igualdad.

Así las cosas, es correcto entender que el acto administrativo objeto de estudio para la presente Nulidad y Restablecimiento del Derecho del acto administrativo, es la **Resolución número S-2017-022816/ ANOPA- GRUNO- 1.10 del 25 de junio de 2017** expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del accionante, incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su compañera, y un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo.

Marco Normativo

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A, al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Alexander José Gregorio Ávila Mayorga** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo **Resolución número S-2017-022816/ ANOPA- GRUNO- 1.10 del 25 de junio de 2017** expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del accionante, incluyendo el subsidio familiar, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de ello, impreca el restablecimiento de sus derechos conculcados por el proceder de la entidad accionada.

Por ende, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por satisfacer o atender de forma parcial un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y la Sala es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado⁵ ha advertido al respecto:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones, Referencia: Contractual.

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁶, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley⁷, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁸, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁹.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral¹⁰, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Del régimen Salarial y Prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Los artículos 216 y 217 de la Constitución Política establecen que la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares, esto es Ejército

⁶ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁷ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁸ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁹ Esta es precisamente una de las notas típicas que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

¹⁰ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Armada Nacional, y la Policía Nacional.

El artículo 218 superior señaló que la ley organizará el cuerpo de Policía y determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario, de tal manera se expidió la Ley 4 de 1992¹¹, y en sus artículos 1, literal d); 2 literal a); y 10, dispuso que el Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos señalados en dicha ley, fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros de los miembros de la Fuerza Pública.

Mediante Decreto 1213 de 1990¹² se reformó el Estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional y dispuso en su artículo 1 que *“La Policía Nacional es una institución pública de carácter permanente y naturaleza oficial constituida con régimen y disciplina especiales, que depende del Ministro de Defensa Nacional y hace parte de la Fuerza Pública en los términos de los artículos 167 y 168 de la Constitución Política”* y conforme el artículo 2 esta sería la norma que regularía *“la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales”*.

Posteriormente en la Ley 62 de 1993¹³ se expidieron algunas normas sobre el sector defensa y entre otras, se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República, en su artículo 6 y 35 se dispuso:

“ARTÍCULO 6°. Modificado por el art. 1, Ley 180 de 1995. Personal Policial. La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.

(...)

ARTÍCULO 35. Facultades extraordinarias. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

1. Modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en las siguientes materias: (...)”

¹¹ *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional 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 y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*

¹² *“Por el cual se reforma el Estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”.*

¹³ *“Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República”.*

Con fundamento en lo anterior, fueron expedidos los Decretos 41 de 1994¹⁴ y 262 de 1994¹⁵, de tal manera mediante sentencia C-417 de 1994¹⁶ la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “nivel ejecutivo”, “personal del nivel ejecutivo”, y “miembros del nivel ejecutivo” contenidas en el Decreto 41 de 1994 en la medida que la Ley 62 de 1993 no hizo referencia a dicho nivel, por lo que se evidenció un exceso en las facultades otorgadas al Ejecutivo.

El artículo 1 de la Ley 180 de 1995¹⁷ modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1992 así:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 6o. de la Ley 62 de 1993, quedará así:

La Policía Nacional está integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.”

Esta Ley en su artículo 7 le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República con el objeto de regular aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del Nivel Ejecutivo, disponiendo en el parágrafo que “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.”. Con fundamento en las mencionadas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 de 1995¹⁸, en lo que refiere al caso en concreto el accionante **Alexander José Gregorio Ávila Mayorga** pertenece al escalafón del Nivel Ejecutivo, siendo la norma aplicable al caso la siguiente:

“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: (...)

PARÁGRAFO 1o. 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 2o. 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. (...)

¹⁴ “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵ “Por el cual se modifica las normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.”

¹⁶ Corte Constitucional, Magistrado ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ; Expediente D-559, Actor Servilio Benavides Sandoval, Referencia: Demanda de inconstitucional contra artículos del Decreto Ley 41 de 1994 “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

¹⁷ “Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada Nivel Ejecutivo modifican normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional, Suboficiales y Agentes”.

¹⁸ “Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.”

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*
(...)

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. *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."*

Posterior a ello, en desarrollo de la Ley 4° de 1992, mediante Decreto 1091 de 1995¹⁹ expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional, estableciendo los siguientes factores: remuneración mensual por fuera del país, primas de servicio, de navidad, de carabinero, del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de alojamiento en el exterior, de instalación, de vacaciones, y los subsidios de alimentación y de familia tal y como se establece en los artículos 4 al 15.

Así las cosas, en el Decreto 1791 de 2000²⁰ referente a los Agentes de la Policía Nacional que ingresan al Nivel Ejecutivo refirió:

“ARTÍCULO 9o. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO. *Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo 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, al grado de Intendente;
3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.

PARÁGRAFO. *El ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.*

ARTÍCULO 10. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. *Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.*

PARÁGRAFO. *El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9 y 10 del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo."*

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-691 de 2003²¹ declaró la

¹⁹ “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”.

²⁰ “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2003, Referencia: expediente D-4447, Demanda de inconstitucionalidad de Luis Eduardo Castro Galindo contra el artículo 10 (parcial) del Decreto 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y

exequibilidad del párrafo del artículo 10 del Decreto 1791 de 2000, de donde se tiene que **i.** el traslado de agentes y suboficiales al Nivel Ejecutivo fue voluntario, **ii.** la sujeción al régimen especial con el cambio de nivel era válida, y **iii.** la Ley 180 de 1995 y demás normas concordantes impedían el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían vinculados a la Policía Nacional y que optaron por el traslado al Nivel Ejecutivo.

Por su parte el Consejo de Estado²² al efectuar un análisis del marco normativo reseñado indicó:

“Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.”

De tal manera, nuestro órgano de cierre jurisdiccional declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 por la cual se reguló la asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo, por considerar que esta materia no podía ser reglada por el Presidente, sino que le correspondía al Legislador a través de una ley marco.

Recalca la sala que dicho decreto también reglamentó los factores que servirían de base para liquidar la prestación en caso del retiro del servicio activo, pues en su artículo 49 se dijo:

“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”.*

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien la anterior norma fue declarada nula por el Consejo de Estado²³, el Congreso Nacional de la República expidió la ley 923 de 2004 reglamentada a través del Decreto 4433 el mismo año, el cual respecto a la

agentes de la Policía Nacional”, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia del 12 de agosto de 2003.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA; Sentencia del 14 de febrero de 2007, Radicación número 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1240-04), Actor: Ferney Enrique Camacho González, Demandado: Gobierno Nacional, Asunto: Asignación de retiro miembros de la Fuerza Pública.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA; Sentencia del 14 de febrero de 2007, Radicación número 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1240-04), Actor: Ferney Enrique Camacho González, Demandado: Gobierno Nacional, Asunto: Asignación de retiro miembros de la Fuerza Pública.

asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional indicó las partidas computables a la asignación de retiro, veamos:

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

...

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

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

Test de igualdad frente al reconocimiento del subsidio familiar a miembros activos del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

En un caso similar al que nos ocupa en el que un accionante vinculado a la Policía Nacional en la categoría denominada Nivel Ejecutivo, la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁴ en un pronunciamiento reciente frente al derecho a la igualdad frente al reconocimiento del **subsidio familiar**, estableció:

“[...]Así mismo, el nivel ejecutivo constituye un régimen de carrera exclusivo de la Policía Nacional sin que sea posible predicar un patrón de igualdad con los niveles de oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas, pues se trata de sujetos de distinta naturaleza. Esta situación impide llevar a cabo el juicio de igualdad en los términos planteados por el accionante sobre el régimen salarial o prestacional de unos y otros. En consecuencia, de conformidad con las consideraciones del tribunal no se advierte que el Decreto 1091 de 1995 sea una norma claramente inconstitucional cuya aplicación por parte del tribunal genere un defecto sustantivo.

9.5.- La Sala tampoco encuentra que el desconocimiento del precedente alegado por el accionante tenga vocación de prosperidad. Las reglas jurisprudenciales determinadas por las sentencias señaladas dan cuenta de la naturaleza del subsidio y el desarrollo que la Corte Constitucional le ha dado en casos particulares ajenos al aquí discutido. Destaca la Sala que en ninguna de las reglas y subreglas traídas se establece que el reconocimiento del subsidio familiar a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional genere un trato discriminatorio frente al porcentaje o monto reconocido a los integrantes de las fuerzas armadas.”

El Consejo de Estado expone las razones por la cual no se puede realizar un juicio integrado de igualdad en estos casos, pues no existe violación al derecho a la igualdad en el reconocimiento del subsidio familiar cuando de los sujetos en análisis no se puede predicar situaciones similares, ya que cada cargo en la Policía Nacional trae consigo unas funciones diferentes que implica una reglamentación especial.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ; Sentencia del 15 de diciembre de 2020, Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04820-00, Actor: Jesús Antonio Angulo Chantre, Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Acción de Tutela.

Este planteamiento lo confirma el Consejo de Estado²⁵ en la siguiente jurisprudencia:

“[...] ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, 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”.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado²⁶ realizó un juicio de igualdad frente al tema y llegó a la siguiente conclusión:

“[...] la autoridad acusada realizó el test de igualdad frente a la controversia planteada por los demandantes, en consideración a que ellos, en sus escritos introductorios, señalaron que la violación del referido principio se configuraba por cuanto la normativa cuya nulidad se pretendía, permite que el subsidio familiar sí sea factor computable para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en las prestaciones sociales periódicas, sin que a su juicio, exista justificación constitucionalmente válida para esa diferencia de tratamiento.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al accionante y su coadyuvante, al sostener que los sujetos comparables en este caso, son los familiares beneficiarios del pluricitado subsidio, en tanto que, el problema jurídico que se resolvió en el proceso de nulidad objeto de reparo, consistió en determinar, de cara a las demandas propuestas, si la disposición acusada desconocía el derecho a la igualdad del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por cuanto que, a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional, sí se les reconoce el subsidio familiar como factor salarial para efectos de computárseles en otras prestaciones como cesantías, asignación de retiro, indemnización por lesiones e indemnización por invalidez.

Es decir, como el debate no giró en torno al reconocimiento o no del subsidio familiar (hipótesis en la cual sí sería razonable pensar que los sujetos comparables son los beneficiarios del subsidio) sino en la supuesta diferenciación de tratamiento que se le da a quienes integran el nivel ejecutivo de la Policía Nacional frente a los demás miembros de la Fuerza Pública, para efectos del cómputo de factores salariales para el reconocimiento de distintas prestaciones sociales, no le asiste razón al accionante al señalar que la interpretación del Consejo de Estado fue errada, pues en efecto, sus pretensiones se dirigen, se insiste, a que se tuviera en cuenta el subsidio familiar como factor salarial.

De modo que, no es cierto que el test de igualdad efectuado por la Corporación demandada se haya hecho frente a los sujetos comparables equivocados, pues la vulneración del referido principio se predicaba de la diferenciación de factores que tiene el personal ejecutivo de la institución policial frente demás miembros de la Fuerza Pública, para efectos de liquidar las prestaciones sociales. [...]”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Sentencia del 10 de diciembre de 2020, Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04655-00, Actor: Juan Faber Zambrano Castañeda, Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda, Referencia: Acción de Tutela.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO; Sentencia del 20 de agosto de 2020, Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02787-00, Actor: Hans Alexander Villalobos Díaz, Demandado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Referencia: Acción de tutela.

Principio de Inescindibilidad y diferenciación de Regímenes

Frente al principio de inescindibilidad la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁷ ha establecido:

“El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: (i) debe ser la más favorable al trabajador y (ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. Por otra parte, la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y en ese sentido se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro.”

Conforme a ello, más allá de estar hablando de un principio o de una regla, existe un ordenamiento jurídico que regula casos en concreto con el fin de generar equidad, pues no se pueden aplicar las mismas normas a individuos con características y necesidades totalmente diferentes, por ello en derecho existen varias especialidades que ayudan atender los requerimientos que tienen las personas en diferentes momentos. Asimismo, no se puede pretender escoger la aplicación de las normas a conveniencia, pues si esto fuese así, no podrían existir normas sancionatorias, y el Estado en general no podría ejercer control en la sociedad.

En línea de lo expuesto, el Consejo de Estado²⁸ ratifica que:

“No es posible aplicarle al accionante dos regímenes laborales y prestaciones distintos, creando con esto un tercero híbrido y así legislar, so pretexto de proteger el principio de igualdad y la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes; además, respecto de estos últimos, no se está frente una vulneración del ordenamiento protector de los derechos de los menores o violatoria de estos, por la no aplicación de un régimen de subsidio familiar que no los cubre; por lo que concluyó válidamente que la decisión acusada es adecuada y se ciñó a lo reglado normativa y jurisprudencialmente sobre el subsidio familiar del nivel ejecutivo, no ejerce un trato diferente injustificado y, no sacrifica principios constitucionales de mayor relevancia como los invocados por el accionante”. (Negrilla fuera de texto).

El subsidio familiar busca garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, pero no es el único instrumento para ello, por esta razón sostener que el no reconocimiento de este subsidio es violatorio de la Constitución Política, es un planteamiento errado y sin fundamento.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 21 de enero de 2021, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01614-02 (2765-18), Actor: Einar Peralta Solorzano, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional de Colombia, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ; Sentencia del 16 de diciembre de 2020, Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04392-00, Actor: Andrés Felipe Tovar Pérez, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, Acción de Tutela.

Caso concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, el accionante Alexander José Gregorio Ávila Mayorga presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad del Oficio número S-2017-022816/ ANOPA - GRUNO- 1.10 del 25 de junio de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario con la inclusión del subsidio familiar. Por lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional incluyendo la partida de Subsidio Familiar en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde por su compañera Diana Yaneth Velásquez Urrea, junto con los intereses e indexación desde el 1 de marzo de 2005 (fecha de unión marital de hecho) y en un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primer hijo Johan Thomas Ávila Velásquez, junto con los intereses e indexación desde el 4 de julio de 2010 (fecha de nacimiento).

La Juez Cuarta Administrativa Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 29 de septiembre de 2020 (fls. 216 a 227) negó las pretensiones de la demanda expresando que, si bien el régimen laboral del nivel ejecutivo no contempló algunas de las prestaciones dentro del régimen laboral y prestacional del nivel de agente de la Policía Nacional, en conjunto las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, previsto en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de agentes de la Policía Nacional en el Decreto 1213 de 1990.

Recalcó que, pese a que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contempló el subsidio familiar en el mismo porcentaje contemplado para los Agentes, lo cierto es que en dicho régimen se incluyeron partidas adicionales, lo que en conjunto arroja una asignación mensual muy superior a lo que se reconoce en el grado de agente. De tal manera, el accionante no puede pretender ser beneficiario de un régimen mixto integrado por la asignación salarial del Nivel Ejecutivo y los factores salariales y prestacionales del Decreto 1213 de 1990, al cual tenía derecho como agente, en la medida que se estaría contrariando el principio de inescindibilidad de la Ley.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia indicando **primero** que el fallador no hizo referencia al derecho a la igualdad de la familia del actor, por lo que no elaboró un juicio integrado de igualdad para evaluar el caso en concreto; **segundo** que, uno de los argumentos usados fue la imposibilidad de mixturar dos regímenes, puesto que transgrede el principio de inescindibilidad de la norma laboral y que en este se desconoció la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por el maestro Robert Alexy; **tercero** que, con respecto del subsidio familiar teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, no es constitucionalmente válido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias son los directamente afectados; **cuarto** que, que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que así el actor conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo; **quinto** que, la sostenibilidad fiscal no es un principio, sino un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo; **sexto** que los empleados

públicos de ingresos algunos son los que superan el promedio ponderado de los salarios de los empleados públicos del sector central colombiano, y que por el contrario, los que están por debajo de este promedio se consideran de ingresos bajos; **séptimo** que el juez no puede desconocer el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces de oficio cuando se observa una vulneración de la Constitución Política de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía; **octavo** que la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en primera instancia no es fundamento suficiente que permita sustentar un fallo nugatorio, toda vez que, las diferencias de hecho y de derecho que gobiernan dicho fallo son disimiles al caso en cuestión; **noveno** que el subsidio familiar no es una prebenda laboral cualquiera, que el titular del subsidio familiar no es el trabajador sino el núcleo familiar.

Por último, solicitó se revoque la condena en costas.

Ahora bien, revisado el recurso de apelación instaurado por la parte actora, la Sala de decisión no pierde de vista que el apelante en el punto quinto refiere su inconformidad con la sentencia de primera instancia, recalcando que el argumento de que en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la **asignación de retiro** las que estén expresamente contempladas en el Decreto Reglamentación, pero que este argumento lesiona el sistema social de derecho, y desplaza la protección de carácter fundamental como la igualdad, la familia y protección del menor Colombiano.

No obstante, y para efectos de dar claridad al caso en concreto, lo aquí pretendido es la nulidad del acto administrativo expedido por la Policía Nacional, mediante la cual se le negó la reliquidación y pago del **salario mensual devengado con la inclusión del subsidio familiar** en los porcentajes del 30% y 5% del salario básico respectivamente, toda vez que respecto a la asignación de retiro, la entidad accionada precisó que esta se realizará con la normatividad vigente al momento de que ocurra un retiro de la institución.

Puntualizado lo anterior, advierte la Sala que confirmará la sentencia de primera instancia conforme los siguientes.

Hechos Probados.

En el expediente se encuentran el material probatorio que se relacionan a continuación, que no fueron tachados por ninguna de las partes y cuya conclusión impone su credibilidad como presupuesto de decisión.

- Derecho de petición radicado el 13 de junio de 2017 por el accionante ante la Dirección General de la Policía Nacional (fls. 35 a 37).

La petición demuestra que el señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga solicitó a la entidad accionada reliquidar y pagar el salario mensual que devenga por parte de la Policía Nacional, incluyendo el **subsidio familiar** en un 35% de su salario básico, desde la fecha en que se produjo la unión marital de hecho, el nacimiento de su primer hijo y hasta cuando mediante acto administrativo se ordene la reliquidación y pago, junto con la indexación, así:

- a. Por la esposa un 30% del salario básico desde el 1 de marzo de 2005.
- b. Por el primer hijo un 5% del salario básico desde el 4 de julio de 2010.

Asimismo, solicitó que en el evento en que el actor se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor de liquidación el subsidio familiar en un 35% de su salario básico mensual.

- **Resolución número S-2017- 022816 /ANOPA - GRUPO - 1.10 del 25 de junio de 2017**, expedida por la Dirección de Talento Humano por la Policía Nacional (fls. 40 a 40 vto).

El acto administrativo prueba que, la entidad accionada dio respuesta al derecho de petición elevado por el actor, en la que respecto a la reliquidación y pago del salario mensual devengado con la inclusión del subsidio familiar correspondiente al 30% y 5% del salario básico respectivamente indicó que, desde la fecha de alta como Patrullero de la Policía Nacional el Intendente Alexander José Gregorio Ávila ha estado regido por el Decreto 1091 de 1995, en consecuencia, el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la referida norma (no incluye cónyuge o compañero permanente), así mismo, los valores a pagar se encuentran previstos en los decretos anuales de sueldo.

De la misma manera, en el acto administrativo acusado le entidad contestó la solicitud, referente a que cuando el señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga sea retirado de la institución, se incluya como factor de liquidación el subsidio familiar en un 35% del salario básico, se le indicó que en esa situación la liquidación que corresponda, **se realizará en atención a la normatividad que para entonces se encuentre vigente**. Concluyendo así, que jurídicamente no es viable acceder de manera favorable a sus pretensiones contenidas en la petición.

- Extracto de Hoja de Vida del señor Alexander José Gregoria Ávila Mayorga identificada 5.860.467 (fls. 41 a 43).

Lo anterior, demuestra que el accionante ingresó a la Policía Nacional como Alumno Nivel Ejecutivo y posteriormente mediante Resolución 02235 del 28 de julio de 1997 inició en el **Nivel Ejecutivo**.

- Certificación Técnica número 356 del 6 de junio de 2018, expedida por la Veeduría Ciudadana Delegada para la Policía Nacional, con referencia *“Reclamación Subsidio Familiar”*. (fls. 48 a 57).

La certificación evidencia que, la veeduría ciudadana delegada para la Policía Nacional, remitió escrito con destino a este proceso recomendando que, respecto al Intendente Alexander José Gregorio Ávila Mayorga por estar en unión libre y tener un hijo se le reconozca y pague frente a su salario básico los porcentajes de 30% por su compañera y 5% por su primer hijo.

- Certificación de asignaciones devengadas por el señor Alexander José Gregoria Ávila Mayorga (fl. 47).

La certificación prueba que el actor devenga Subsidio Familiar Nivel Ejecutivo, en valor de \$ 31.319.

Ahora bien, conforme al caudal probatorio obrante en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contenido en la resolución número S-2017-022816 / ANOPA – GRUPO – 1.10 del 25 de junio de 2017, la Policía Nacional negó la solicitud del Intendente Alexander José Gregorio Ávila referente a la reliquidación y pago del salario mensual devengado con la inclusión del subsidio familiar correspondiente al 30 del salario básico por su compañera permanente y 5% del salario básico por su primer hijo, recalando que el actor ha estado regido por el Decreto 1091 de 1995, y en consecuencia, el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto en los artículo 16 y 17 de dicha norma.

Ahora bien, es pertinente acotar que la ley 132 de 1995 establece un régimen salarial y prestacional del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en el cual se consagra que el personal que ingrese a este nivel se someterá a dicho régimen determinado por el Gobierno Nacional, conforme a ello, no se pueden aducir ingresos que no estaban previstos para el cargo que se ocupa, que para el caso en concreto consagra una prestación social la cual es el subsidio familiar pero no computable como factor salarial.

“Decreto 1091 del 27 de junio de 1995:

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.”

El apelante hace énfasis que el subsidio familiar por garantizar unos derechos fundamentales no puede ser excluido del salario base para liquidar una pensión, pues se estarían vulnerando los derechos de la familia y de los niños, niñas y adolescentes. Frente a ello, la Sala expone que si bien la naturaleza de dicha prestación es disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento una familia, el Gobierno Nacional tomó la determinación de no incluirla dentro de la base de liquidación para el personal de nivel ejecutivo, lo que implica un sometimiento a la ley, toda vez que la norma se encuentra vigente y no se ha declarado su inconstitucionalidad, y ello no significa una vulneración de derechos o discriminación, pues el accionante está sometido al régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional el cual contempla otras prestaciones y beneficios determinados en el Decreto 1091 de 1995, el cual tal y como lo determinó el juez de primera instancia, resulta más favorable que el que cobijaba a los suboficiales y agentes de la institución.

Una vez aclarado el régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, es importante precisar que existen otros cargos dentro la institución que tienen igualmente su régimen salarial y prestacional acorde al trabajo desempeñado, y esto no quiere decir que se esté generando una discriminación entre el personal, sino que para efectos equitativos se deben establecer lineamientos especiales, por ello²⁹:

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 11001-03-25-

“El Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado [...]

A fin de proferir el mencionado régimen salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional, desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado, lo proceda a dotar de contenido. De esta forma, a través de una “ley marco o cuadro” el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos”.

Imposibilidad de *mixturar* dos regímenes por principio de inescindibilidad.

En razón a que, según lo expuesto por el demandante en la apelación, el *a quo* erró al plantear que la inescindibilidad es un principio sin tener en cuenta la teoría universal de los derechos fundamentales de Robert Alexy, pues aduce la misma parte que por no tratarse de un principio, prima más los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto a lo anterior, se precisa que el actor ingresó a la Policía Nacional el 5 de agosto de 1996 como Alumno Nivel Ejecutivo e ingresó al **Nivel Ejecutivo** de la entidad el 1 de agosto de 1997, y tal y como se observa en Hoja de vida del señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga (fls. 41 a 43), esto es desempeñando sus funciones conforme lo dispuesto en el Decreto 1091 de 1995³⁰ por lo que el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de este Decreto, el cual no incluye cónyuge o compañero permanente, definiéndola así:

“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.”

Aunado a lo anterior, conforme el certificado de asignaciones devengadas por el señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga, se evidencia que el actor devenga Subsidio Familiar del Nivel ejecutivo (\$ 31.319).

000-2010-00065-00, Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “Sedesol”, Demandado: Gobierno Nacional.

³⁰ “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”

Es de precisar que esta norma no ha sido declarada inconstitucional, al contrario, el Consejo de Estado³¹ denegó su nulidad; la Sala recuerda que la aplicación normativa en Colombia atiende los parámetros dispuestos por la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia y no teorías universales de Robert Alexy tal y como lo pretende la apelante, razón por la cual aplicar el régimen determinado a los miembros de la Policía Nacional del Nivel Ejecutivo sin aplicar una mixtura de regímenes, no genera una incompatibilidad constitucional, no vulnera el derecho de la igualdad de la familia del actor, ni viola el principio de la inescindibilidad.

Razón por la cual, la Sala frente al tema encuentra una confusión por parte del accionante en la interpretación constitucional, pues si bien el Estado está en la obligación de garantizar los derechos fundamentales de la familia, y más especialmente de los menores, como lo es el mínimo vital, esto no quiere decir que todos los programas estatales en pro de la familia o de los niños, niñas y adolescente sean aplicables a toda la población, o se permita una doble aplicación normativa tomando lo más favorable de una Ley y lo más favorable de otro.

Ahora bien, el demandante trae a colación los derechos fundamentales, para que se inapliquen cierta normatividad por inconvenientes, lo cual para el *ad quem* es inconcebible pues la ciudadanía no puede acomodar el ordenamiento jurídico a su conveniencia, porque ello traería un caos en la población, frente a este planteamiento existe una excepción y es que en el caso de encontrarse con las normas que regulen el mismo caso de diferente forma, se aplicará la más favorable al trabajador, quien es la parte más débil en una relación laboral, pero en el presente caso esta figura no es aplicable porque la normatividad es clara frente al tema.

Este panorama ya ha sido conocido por el Consejo de Estado, y reafirma la postura suscitada de la siguiente manera³²:

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

Se reitera que el Honorable Consejo de Estado³³ expresó que el principio de favorabilidad trae consigo el principio de inescindibilidad, según el cual, una vez escogida la norma más favorable al trabajador, esta se debe aplicar en su integridad, veamos

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00186-00 (0444-2014), Actor: Juan Carlos Coronel García y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ministerio de Defensa Nacional.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO; Sentencia del 13 de agosto de 2020, Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02471-00, Actor: Gonzalo Arbey Ariza Sampedro, Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 2 de mayo de 2019, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00635-01 (0441-15), Actor: Ángela Bibiana Arias Aguirre, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

*“El principio de favorabilidad trae aparejado el consolidado principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual **una vez escogida la norma más favorable al trabajador esta se debe aplicar en su integridad y no beneficiarse de lo favorable de otra norma, porque tal hecho conllevaría la creación de un tercer régimen, constituido por fragmentos de otras dos normatividades, situación que entraría en contravía del mismo principio de favorabilidad y su relacionado principio de inescindibilidad.**” (Negrilla fuera de texto).*

De tal manera, la Sala advierte que una vez aplicado el Decreto 1091 de 1995, este se debe aplicar en su integridad y no beneficiarse de lo más favorable de una norma o de otra, puesto que esto conllevaría a la creación de un tercer régimen constitutivo, razón por la cual es evidente que no se puede inaplicar el Decreto 1091 de 1995, como lo pretende el accionante, aplicando de manera mixta las disposiciones aplicables de los suboficiales de la Policía Nacional, esto es los Decretos 1212 y 1213 del 8 de junio de 1990.

En consecuencia, se puede concluir que el régimen aplicable al accionante, son las dispuestas para el régimen del Nivel Ejecutivo, el cual no contempla la liquidación incluyendo el factor de subsidio familiar, razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, la Sala no pierde de vista que el recurrente solicitó se revoque la condena en costas impuesta en sentencia de primera instancia, argumentando que dentro del proceso la entidad accionada no probó la causación de costas y por ende no es aplicable la imposición de las mismas. Frente a este punto se advierte que el *a quo* frente a la condena en costas expresó que las mismas resultan de la denegatoria de las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto de interés público fue menester proveer sobre la correspondiente condena en costas,³⁴ verificando en consecuencia que la entidad demandado desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda.

Al respecto se aclara que, revisado el expediente se constata que la entidad accionada Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional designó apoderado judicial para que representara los intereses de la entidad (fl. 90) que contestó la demanda interpuesta (fls. 79 a 89 vto), allegó pruebas al expediente para la defensa de la entidad incorporadas mediante providencia del 6 de agosto de 2020 (fls. 118 a 119), por lo cual se evidencia una actuación procesal de la entidad accionada en este proceso. Por ello considera la Sala que efectivamente se causaron costas puesto que la entidad accionada debió desplegar varias actuaciones e intervenciones a través de su apoderado.

Costas.

Resuelto el recurso de apelación y no accediendo a las pretensiones del mismo, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 26 de julio de 2018, Radicación número 73001-23-33-000-2013-00661-01 (4689-14), Actor: Oscar Jiménez Jiménez, Demandado: E.S.E. Hospital San Rafael de Dolores (Tolima), Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho (Apelación de sentencia).

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado**”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

***En segunda instancia.* Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”.**

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado³⁵, para

³⁵ **“CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

no hacer gravosa la condición del actor respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por el señor Alexander José Gregorio Ávila Mayorga contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y fijar agencias en derecho de la segunda instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia personalmente a las partes y a los intervinientes -Agentes del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, en atención a lo dispuesto en la Ley 2080, **Artículo 48** (que modifica el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011).

CUARTO: En firme esta providencia, **EFFECTUAR** las respectivas anotaciones en el sistema siglo XXI y **ENVIAR** el expediente al juzgado de origen.

La anterior decisión se discutió y aprobó en Sala de la fecha del proveído.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,³⁶


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

³⁶ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.

Firmado Por:

**Jose Andres Rojas Villa
Magistrado
Escrito 002 Sección Primera
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: **7e0cb42c3694b8f93b6d8deef10195caa3ccd2e9f2e1f50e2b111b028806e3ef**

Documento generado en 22/10/2021 11:12:26 AM

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