

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 14 de octubre de dos mil veintiuno

RADICACIÓN: 73001-33-33-008-2019-00362-01
NÚMERO INTERNO: 00263/2020
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Henry Tafur Moreno
APODERADO: Erika Yined Suárez Briñez
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
APODERADO: Daniel Alberto Manjarres Diaz
REFERENCIA: Apelación Sentencia.

En razón a que el tema en cuestión se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en recientes sentencias, decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **Sentencia del 29 de enero de 2021**, proferida por el **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por el señor **Henry Tafur Moreno** contra la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

El señor **Henry Tafur Moreno** 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 **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**, con el fin que se despachen las siguientes:

Declaraciones y condenas (fls. 3 a 4, documento *01Demanda*, expediente digital).

- Se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas: parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del

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 económico, social y ecológico*” 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 49 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012.

- Se declare la nulidad de la Resolución u Oficio número E-01524 – 201723026 – CASUR Id: 273250 del 17 de octubre del año 2017, mediante la cual se negó la inclusión del **subsidio familiar** como partida computable para liquidar la asignación de retiro del accionante.

A título de restablecimiento del derecho

- Se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a reconocer y pagar al actor 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 Angie Magnolia Osorio Lara, y a su vez en un 5% del salario básico, un 4% del salario básico porcentaje que corresponde a su segundo hijo Henry Joel Tafur Martínez, un 4% del salario básico porcentaje que corresponde a su cuarta hija Danna Isabella Tafur Osorio, junto con sus intereses e indexación desde el 10 de mayo de 2016, fecha en la cual se retiró de la institución policial.
- Que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional deberá pagar al accionante 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
- Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos (fls. 3 a 4, documento *01Demanda*, expediente digital).

En forma sucinta, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

- Que el señor Henry Tafur Moreno luego de superar el respectivo curso de formación, ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1995 en la categoría de **Nivel Ejecutivo**.
- Que efectivamente el actor ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, inició la aplicación del Decreto 1091 de 1995, norma que en su momento edificó la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría, y que 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.
- Indicó que, mediante derecho de petición solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional para que se le reconociera como partida computable dentro de la asignación de retiro el subsidio familiar.
- Mediante acto administrativo número E-01524 – 201723026 – CASUR Id: 273250 del 17 de octubre 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 parágrafo, toda vez que anunciando que la normatividad no menciona el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.
- Actualmente el señor Henry Tafur Moreno devenga asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, en un porcentaje del 79% de lo que corresponde a un intendente Jefe 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 4057 del 21 de julio del año 2016.

Normas violadas y concepto de la violación (fls. 4 a 23 documento *01Demanda*, expediente digital).

A juicio del apoderado de la parte actora, se trasgredieron los artículos 13, 42, 44, 53 y 93 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 2, numeral 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículos 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 1 y 7 de la Ley 1098 del año 2006.

Afirmó que, la Ley 21 de 1982 manifestó que el objetivo directo del reconocimiento del subsidio familiar consiste en *“el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de una familia, como núcleo básico de la sociedad”* y, en el ámbito de aplicación el mismo artículo expuso que el subsidio familiar debía ser reconocido a los trabajadores de medianos y menores ingresos.

Seguidamente indicó que, el titular del subsidio familiar es el núcleo familiar del trabajador, en especial los niños de la familia, y que este subsidio reconocido a los miembros de la fuerza pública es una herramienta implementada para apoyar a la familia, servir de motor económico para que los menores y adolescentes integrantes de cada núcleo familiar puedan solventar inconvenientes que requieren de la intervención del factor dinero. Mencionó que en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función, perciben la suma de \$32.729 por persona a cargo.

Refirió que se configura la nulidad del acto administrativo por violación del derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación del menor Colombiano, recordando que Colombia como estado parte del sistema interamericano, hace parte del conjunto de países que adoptaron y ratificaron la convención sobre los derechos del niño, situación que jurídicamente se reflejó en la Ley 12 del 22 de enero de 1991, es decir, que el país reconoció, adoptó y respeta los postulados convencionales en este especial tema.

De la misma manera, recalcó la nulidad del acto acusado por transgresión del artículo 13 constitucional, esto es la aplicación del Juicio Integrado de Igualdad, por cuanto este derecho de la familia del actor ha sido transgredido por parte de las entidades demandadas, por cuanto la diferencia de aplicación del subsidio familiar entre los miembros de la categoría Oficial, con los del Nivel Ejecutivo.

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado mediante auto interlocutorio del 15 de noviembre de 2019 (fl. 1 a 3, documento *03AutoAdmisorio*, expediente digital), el término de traslado corrió del 4 de febrero de 2020 (fl. 12, documento *04ContestaciónyConstancias*), al 16 de marzo de 2020 las entidades demandadas presentaron las siguientes consideraciones:

Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur (fls. 15 a 19, documento 04ContestaciónyConstancias, expediente digital).

El apoderado de la entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Indicó que el régimen laboral y prestacional para el personal del nivel ejecutivo, se encuentra amparado por la prohibición de discriminar o desmejorar las condiciones laborales o prestacionales del personal que voluntariamente se acogió a dicho régimen.

Recalcó que la asignación de retiro se liquidó conforme al estatuto vigente para la fecha del retiro del Intendente Jefe Henry Tafur Moreno y en la forma que el determina expresamente, razón por la cual en el sub judice no es aplicable la norma aludida por el accionante. Además, en la medida en que dicho porcentaje fue el que efectivamente se aplicó de acuerdo al marco legal que se encontraba vigente al momento de reconocer, liquidar y pagar la asignación de retiro al demandante y siguiendo el precedente judicial del Consejo de Estado, no debe prosperar la solicitud de reajuste de la asignación mensual de retiro.

Por último, propuso como excepciones, la denominada "*Inexistencia del derecho*", toda vez que los documentos que dan fe de la historia laboral del accionante, constatan que el retiro y la adquisición de su asignación de retiro, se produjo bajo la vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, artículo 23, numeral 23.2 y el 1858 del 2012, artículo 3, normas de carácter especial que entre otros establece el régimen de asignación y prestaciones para el Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y por lo tanto, no le asiste derecho de reclamar el porcentaje o factores de asignación de retiro.

LA SENTENCIA APELADA.

El **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 29 de enero de 2021**, (fls. 1 al 10, documento 11SentenciaPrimeraInstancia, expediente digital) declaró probada la excepción denominada "*Inexistencia del derecho*" propuesta por la entidad accionada y negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, en primera medida citó al Honorable Consejo de Estado² indicando que sobre el marco que conforma el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía concluyó 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.

Seguidamente expresó que, que tal y como lo consideró el Órgano de Cierre Jurisdiccional en asuntos con similitud fáctica y normativa, que en la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se deben incluir las partidas expresamente enlistadas en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00186-00 (0444-2014) y acumulado, Actor: Hans Alexander Villalobos Díaz, Demandado: Artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, Tema: Simple Nulidad.

de 2004, por lo que al demandante no le asiste derecho a que se le incluya la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro y en el mismo porcentaje previsto para oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, pues se itera, los beneficiarios de cada régimen a pesar de pertenecer a la misma institución, en relación con las partidas computables en la asignación, se encuentran en situaciones de hecho diferentes teniendo en cuenta las diferentes categorías de jerarquía, la naturaleza de sus funciones y además que cada personal realiza cotizaciones sobre diferentes partidas. Indicó que con base en estas consideraciones bastan para declarar probada la excepción de mérito de Inexistencia del derecho, lo que conduce a negar las pretensiones de la demanda.

Por último, condenó en costas a la parte demandante.

La apelación (fls. 2 a 25, documento 014ApelaciónParteActora, 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 disímiles 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.

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.

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.

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 9 de agosto de 2021 (**fls. 1 a 8, documento 024_AUTO ADMITE APELACIÓN**), se admitió el recurso de apelación; el expediente ingresó al Despacho para proferir sentencia de segunda instancia el 24 de septiembre, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 del C. de P.A y de lo C.A., modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. (fl. 1, documento, 028Ingreso al despacho, expediente digital).

Así las cosas, atendiendo a que no fue necesario decretar pruebas en segunda instancia, y 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

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.

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 Henry Tafur Moreno tiene derecho a que se le reliquide la asignación de retiro incluyéndose como partida el **subsidio familiar**, junto con los intereses e indexaciones desde el 10 de mayo de 2016 hasta la fecha en la cual se retiró de la institución policial.

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 consecuencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Henry Tafur Moreno** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo **Resolución número E-01524 - 201723026 - CASUR Id: 273250 del 17 de octubre del año 2017** expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se negó la inclusión del **subsidio familiar** como partida computable para liquidar la asignación de retiro del accionante, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de ello, impetra 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:

“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 una 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

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.

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 de las 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.

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 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 6º. 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 **Henry Tafur Moreno** 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,

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.”

ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1,2, y 3 de este artículo. (...)

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 4º 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."*

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".

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

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 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

de 2004 reglamentada a través del Decreto 4433 el mismo año, el cual respecto a la 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 del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

Frente a la violación al derecho a la igualdad deprecado por la parte actora frente al reconocimiento del subsidio familiar, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁴ en un pronunciamiento 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

Camacho González, Demandado: Gobierno Nacional, Asunto: Asignación de retiro miembros de la Fuerza Pública.

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.

no se puede predicar situaciones similares, ya que cada cargo en la Policía Nacional trae consigo unas funciones diferentes que implica una reglamentación especial.

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 dirigían, 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

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.

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. [...]"

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 cobija; 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).

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.

El subsidio familiar busca garantizar los derechos fundamentales de los niños 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.

Caso concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, el accionante Henry Tafur Moreno presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad de la Resolución E-01524 - 201723026 - CASUR Id: 273250 del 17 de octubre de 2017 expedida por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se le negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro. Por lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la accionada a reconocer y pagar la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo como partida computable para liquidar la prestación social el **subsidio familiar** en un 30% del salario básico correspondiente a su esposa Angie Magnolia Osorio Lara, en un 5% del salario básico correspondiente a su primer hijo, en un 4% del salario básico correspondiente respectivamente a su segundo, tercer y cuarto hijo, junto con sus intereses e indexación desde el 10 de mayo de 2016 (fecha de retiro de la institución de policía).

La Juez Octava Administrativa Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 29 de enero de 2021 (fls. 1 a 10, documento *11SentenciaPrimeraInstancia*, expediente digital) declaró probada la excepción de "*Inexistencia del Derecho*" propuesta por la entidad accionada y negó las pretensiones de la demanda expresando que, en la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se deben incluir las partidas expresamente enlistadas en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por lo que al demandante no le asiste derecho a que se le incluya la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro y en el mismo porcentaje previsto para oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, pues los beneficiarios de cada régimen (oficiales, suboficiales, agentes y nivel ejecutivo) a pesar de pertenecer a la misma institución, en relación con las partidas computables en la asignación, se encuentran en situaciones de hecho diferentes teniendo en cuenta las diferentes categorías de jerarquía, la naturaleza de sus funciones y además que cada personal realiza cotizaciones sobre diferentes partidas.

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 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 altos 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, la Sala advierte que procederá a confirmar 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 3 de octubre de 2017 por el accionante ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (fls. 1 a 3, documento *02Anexos*, expediente digital).

La petición demuestra que el señor Henry Tafur Moreno solicitó a la entidad accionada que reliquide y pague al actor la asignación de retiro del salario que corresponda al grado de Intendente Jefe de la Policía Nacional, incluyendo como factor salarial el **subsidio familiar** desde la fecha en que se reconoció la asignación de retiro, es decir desde el 10 de mayo de 2016 hasta cuando mediante acto administrativo se ordene la reliquidación y pago junto con la indexación que en derecho corresponda, así:

- a. Por la cónyuge un 30% del salario básico.
- b. Por el primer hijo un 5% del salario básico.
- c. Por el segundo hijo un 4% del salario básico.
- d. Por el tercer hijo un 4% del salario básico.
- e. Por el cuarto hijo un 4% del salario básico.

- **Resolución número E-01524- 201723025- CASUR Id: 273250 del 17 de octubre de 2017**, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (fls. 1 a 2, documento *OficioE-01524-20173026*, expediente digital).

Este acto administrativo prueba que, la entidad accionada contestó derecho de petición radicado el 4 de octubre de 2017 por el señor Henry Tafur Moreno, en el que se le indicó que se le reconoció asignación mensual de retiro a partir del 10 de agosto de 2016, tomando para la liquidación de la prestación el sueldo y partidas computables establecidas en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 artículo 23 numeral 23.2, y el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, normas de carácter especial que entre otros, establece el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, determinado específicamente las partidas básicas sobre las cuales se debe liquidar la asignación mensual de retiro.

Además, se le precisó que conforme la normatividad señalada, la prestación se encuentra reconocida y liquidada de conformidad con la norma vigente a la fecha del retiro y lo certificado en la Hoja de Servicios, no siendo procedente incluir la partida de subsidio familiar.

- Hoja de Servicios número 14.251.781 del 13 de junio de 2016 del señor Henry Tafur Moreno (fl. 6, documento 02Anexos, expediente digital).

Lo anterior evidencia que el actor fue parte de la Policía Nacional en el **Nivel Ejecutivo** desde el 1 de agosto de 1995 hasta el 10 de mayo de 2016

- Liquidación de Asignación de Retiro (fl. 7, documento 02Anexos, expediente digital).

Esta liquidación demuestra que el actor estuvo vinculado con la Policía Nacional por un total de 22 años, 3 meses y 20 días y se tomaron como partidas liquidables las siguientes.

A PARTIR DEL: 10/08/2016 EL 79% SOBRE LAS SIGUIENTES PARTIDAS

PARTIDAS LIQUIDADABLES			
Descripción	Valor	Total	Adicional
SUELDO BASICO	.00	2,275,094	
PRIM. RETORNO EXPERIENCIA	7.00	159,257	
PRIM. NAVIDAD N.E.	.00	282,615	
PRIM. SERVICIOS N.E.	.00	193,540	
PRIM. VACACIONES N.E.	.00	107,855	
SUBSIDIO ALIMENTACION N.E.	.00	50,618	
PRIMA NIVEL EJECUTIVO	20.00		455,019
TOTAL:		2,958,979	
% ASIGNACIÓN:		79%	
VALOR ASIGNACIÓN:		2,337,593	

VALOR PORCENTUAL A CARGO DE:		
Entidad	% Cuota	Total
Policia Nacional	100.0000	2,337,593
TOTAL:	100.0000	2,337,593

- Resolución número 5047 del 21 de julio de 2016 expedida por la Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional (fl. 8, documento 02Anexos, expediente digital).

El acto administrativo prueba que, la entidad accionada resolvió reconocer y ordenar pagar asignación mensual de retiro al señor Henry Tafur Moreno, en cuantía equivalente al 79% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectivo a partir del 10 de agosto de 2016.

- Certificación Técnica número 1030 del 7 de octubre de 2019, expedida por la Veeduría Ciudadana Delegada para la Policía Nacional, con referencia "Reclamación Subsidio Familiar". (fls. 16 a 25, documento 02Anexos, expediente digital).

La certificación evidencia que, la veeduría ciudadana delegada para la Policía Nacional, remitió escrito con destino a este proceso recomendando a la Administración de justicia se tenga como una altísima probabilidad la situación de que al Intendente Jefe Henry Tafur Moreno con asignación de retiro, se le están violando los derechos de igualdad y, la normatividad establecida en el Código de Infancia y Adolescencia, por lo cual por estar casado y tener 4 hijos tiene el derecho a que se le reconozca y pague frente a su salario básico, los porcentajes de subsidio familiar de 30%, 5% y 4% respectivamente para su núcleo familiar.

Conforme al caudal probatorio obrante en el expediente avizora la Sala que, mediante acto administrativo contenido en la resolución número E-01524-201723025- CASUR Id: 273250 del 17 de octubre de 2017, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconoció al señor Henry Tafur Moreno asignación mensual de retiro a partir del 10 de agosto de 2016, tomando para la liquidación de la prestación el sueldo y partidas computables establecidas en los Decretos 1091 de 1995, artículo 23 numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, siendo menester para la Sala desplegar el análisis que legalmente corresponde a la situación de discriminación frente la inclusión del **subsidio familiar** en dicha asignación.

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 el 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:

“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 la liquidación de pensión de retiro del accionante, quien se retiró el 10 de mayo de 2016 y desempeño sus funciones en el **Nivel Ejecutivo** de la Policía Nacional, fueron las dispuestas en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, ordenando el reconocimiento y pago de asignación mensual de retiro en un 79% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 10 de agosto de 2016, veamos:

“Artículo 3º. Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

- 1. Sueldo básico.*
- 2. Prima de retorno a la experiencia.*
- 3. Subsidio de alimentación.*
- 4. Duodécima parte de la prima de servicio.*
- 5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.*
- 6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

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

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: 11001-03-25-000-2010-00065-00, Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “Sedesol”, Demandado: Gobierno Nacional.

Es de precisar que esta norma no ha sido declarada inconstitucional, 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 inaplique 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 los 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 manera³⁰:

“... 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 Estado³¹ 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:

³⁰ 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.

³¹ 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 del 1995, 1858 de 2012 junto con todas las partidas para la pensión de retiro de que trata el artículo 3, 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 los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y artículo 3 del Decreto 1858 de 2012 como lo pretende el accionante, aplicando de manera mixta las disposiciones aplicables de los suboficiales de la Policía Nacional.

En consecuencia, se puede concluir que el régimen aplicable al accionante para su pensión de retiro, 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 enero de 2021 por el Juzgado Octavo 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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C. de P.A y de lo C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del C.G.P, razón por la cual, conforme al artículo 365 condenó a la parte vencida en el proceso de conformidad con el Acuerdo número PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del C. S. de la Judicatura.

Al respecto se aclara que, revisado el expediente se constata que la entidad accionada Caja de Retiro de Sueldos de la Policía Nacional designó apoderado judicial para que representara los intereses de la entidad (fl. 20, documento 04ContestaciónyConstancias, expediente digital) que contestó la demanda interpuesta proponiendo excepciones de fondo (fls. 15 a 19), allegó pruebas al expediente incorporadas mediante providencia del 17 de noviembre de 2020 (fls. 1 a 3, documento 07AutoOrdenaIncorporarDocumental, expediente digital), 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.

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 Estado³², para

³² **“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,

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 enero de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por el señor Henry Tafur Moreno contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR.

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

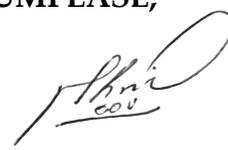
TERCERO: Notifíquese la presente providencia personalmente a las partes y a los intervinientes -Agentes del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, en atención a lo dispuesto en la Ley 2080, **Artículo 48** (que modifica el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011).

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,³³


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

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 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.

³³ **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: **90c174b32129279a7ab936326e13df43015b9efd455f91688c1b51e9d0601724**

Documento generado en 19/10/2021 11:01:25 a. m.

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