

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)

Bogotá D. C., veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014).

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

AUTORIDADES NACIONALES-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 15 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por Omar Bonza Saavedra contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

DEMANDA

Pretensiones.-

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, estipulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *Ley 1437 de 2011*, el señor Omar Bonza Saavedra, solicitó la declaratoria de nulidad del Oficio No. 295210/ADSAL-GRUNO-22 de 26 de diciembre de 2011, suscrito por

el Jefe Grupo Novedades de Nomina de la Policía Nacional, en donde se le negó el derecho a la liquidación y el pago de las primas, bonificaciones y subsidios que se le venían cancelando¹.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó: i) el reconocimiento y pago de la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 50%, la prima de antigüedad, el subsidio familiar en un porcentaje del 35% y la bonificación por buena conducta con base en el grado y salario básico de un Intendente Jefe, desde el 15 de Marzo de 1994, incluyéndolo en la nomina hasta el momento de la Sentencia con sus respectivos reajustes anuales, aplicándolo en salarios y demás prestaciones que por Ley le corresponden; ii) la reliquidación del auxilio de cesantías retroactivas, con base en el grado y salario básico de un Intendente Jefe y con los correspondientes factores salariales que se encuentran estipulados en el Decreto 1212 de 1990 (sic, debió decir 1213 de 1990); iii) que se modifique su hoja de servicios, al momento del retiro del servicio activo, teniendo en cuenta el sueldo básico devengado y los factores tanto salariales como prestacionales; iv) pagar la suma de 100 salarios mínimos legales vigentes, por concepto de daños morales; v) indexar las sumas objeto de condena de acuerdo con los artículos 189 y 192 del C.P.A.C.A. a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores; y, vi) que se fije el pago de costas.

Fundamentos Fácticos²:

El 24 de Junio de 1993, mediante Resolución No 1-117, el actor fue dado de alta como Alumno Nivel Ejecutivo, y para el 15 de marzo de de 1994, fue homologado (sic, fue incorporado) al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Subintendente. Actualmente se encuentra prestando sus servicios en la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL y devenga un sueldo básico de \$1.748.660.

Para marzo de 1994, el actor fue convencido por sus superiores jerárquicos de algunas ventajas y beneficios que podría tener si ingresaban al Nivel Ejecutivo, sin embargo, a partir de la homologación en la Policía Nacional, le fueron desconocidas todas estas

¹ Corresponden por concepto de las primas de actividad, antigüedad, subsidio familiar, bonificaciones, subsidios y cesantías retroactivas.

² Folios 108 a 112.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

garantías que ya venía devengando, particularmente, aquellas primas, subsidios, bonificaciones y auxilio de cesantías retroactivas.

El 14 de Diciembre de 2011 solicitó al Director General de la Policía la liquidación y pago de las prestaciones laborales tales como primas de actividad, antigüedad, especialista o técnica, bonificación por buena conducta, subsidio familiar y auxilio de cesantías retroactivas, por pertenecer al escalafón de Suboficial con anterioridad al ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía, ya que de acuerdo con la Ley 4^a de 1992, no se podían extinguir estos beneficios. La anterior petición fue negada por parte del Jefe Grupo Novedades de Nomina de la Policía Nacional, bajo el argumento de que el régimen aplicable es el Decreto 1091 de 1995.

Las normas legales que crearon y desarrollaron la carrera profesional del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional, previeron una protección especial para quienes, como en el presente caso, estando en servicio activo ingresaron a esta carrera, en el sentido de que tal ingreso no podía desmejorar ni discriminar su situación en ningún aspecto, en otras palabras, el hecho de haberse homologado al Nivel Ejecutivo siendo un Suboficial activo, no implicaba la desmejora de sus prestaciones.

Bajo ese contexto, el actor contaba con un derecho adquirido, cierto, indiscutible e irrenunciable a que los factores salariales y prestacionales le fueran liquidados y pagados con el sueldo básico devengado desde 1994, año en que se homologó y fecha que la Policía Nacional unilateralmente dejó de cancelarle estas; incluso, debieron tenerse en cuenta los estipulados en el numeral 23.1 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por ser esta la norma más favorable.

Dentro de los emolumentos a tener en cuenta en caso de que no se tenga en cuenta el anterior marco normativo, se encuentran las siguientes: primas de actividad, antigüedad, subsidio familiar, cesantía y distintivos de buena conducta para suboficiales, reguladas por los artículos 68³, 71⁴, 82⁵, 143⁶ y 214⁷ del Decreto 1212 de 1990.

³ "(...) PRIMA DE ACTIVIDAD. Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico (...)"

Normas Violadas y Concepto de Violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 83, 84, 121 y 220; código Sustantivo del Trabajo, artículo 127; Leyes 4ª de 1992, artículos 1, 2 y 10; 180 de 1995; 244 de 1995, artículos 1, 2, 3, 4 y 5; 734 de 2002, artículo 33 numeral 9 y 10; 923 de 2004; artículo 2; 2, 3, 25, 29, 53 y 58; Decretos Nos. 1212 de 1990, artículos 68, 71, 82, 89, 143 y 214; 4433 de 2004, artículos 2 y 23; 2863 de 2007, artículos 2 y 4.

El demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, por las siguientes razones:

⁴ “(...) *PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan quince (15) y diez (10) años de servicio, respectivamente, tendrán derecho a una prima mensual que se liquidará sobre el sueldo básico, así:*

(...)

b. Suboficiales.

A los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más. (...).”

⁵ “(...) *SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:*

a. Casados el treinta por ciento (30%), mas los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...).”

⁶ “(...) *CESANTIA E INDEMNIZACIONES. El oficial o suboficial de la Policía Nacional que durante la vigencia de este decreto se retire o sea retirado del servicio activo por cualquier causa, tendrá derecho a que el tesoro público le pague, por una sola vez, un auxilio de cesantía igual a un (1) mes de haberes correspondientes a su grado por cada año de servicio o fracción de seis (6) meses o más, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 140 y a las indemnizaciones que legalmente le puedan corresponder liquidadas igualmente conforme al citado artículo (...).*

⁷ “(...) *DISTINTIVOS DE BUENA CONDUCTA PARA SUBOFICIALES. A partir de la vigencia del presente decreto, los distintivos de buena conducta, darán derecho a los suboficiales en servicio activo y percibir una bonificación mensual equivalente al uno por ciento (1%) del respectivo sueldo básico por cada distintivo, sin que el total por este concepto pueda sobrepasar el cinco por ciento (5%).(...).”*

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

La entidad demandada ha desestimado sus derechos adquiridos, en la medida en que le dejaron de cancelar las primas, subsidios, bonificaciones y cesantías desde mayo de 1994, de hecho, no les es dado a la Administración y a quienes la integran el extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, vulnerando con su proceder la Constitución y la ley, máxime cuando nadie se puede discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, incluso, cuando se ingresa al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

A propósito de los derechos adquiridos, destacó, que se deberían conservar y respetar todas las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma, en ese sentido, el Consejo de Estado⁸, indicó que la ley 180 de 1995, facultó al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial denominada Nivel Ejecutivo, sin embargo, advirtió que su creación no podría discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quien estando al servicio de la policía nacional ingresen al mencionado nivel.

El ente demandado está brindando un trato desigual y discriminatorio a los Suboficiales de la Policía Nacional que se homologaron el Nivel Ejecutivo, al aplicar una norma que desmejora los factores salariales y prestacionales, pues contraría no sólo las normas constitucionales que ordenan la igualdad⁹ ante la ley, sino las Leyes 4^a de 1992, 180 de 1995, las cuales entre otras, prohibieron cualquier discriminación respecto del Decreto 1212 de 1990, que es el referente para no desmejorar la situación anterior.

Se violó su debido proceso, cuando no se efectuó el procedimiento adecuado para suprimir o extinguir los derechos que el actor venía recibiendo desde que ingreso a la Institución, esto es, en el año de 1989, máxime cuando se tratan de derechos irrenunciables. Sobre el particular citó transcribió un aparte de la Sentencia del Consejo de Estado¹⁰ en la que se dispuso que *“(...) cuando se varía la misma se afectan las relaciones laborales en curso y por consiguiente, es menester garantizar que no se menoscaben o desconozcan situaciones jurídicas*

⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 1^o de Noviembre de 2005, Radicación 25000-23-25-00-2001-06432-01, Actor; Miguel Ángel Moreno Ramírez.

⁹ Respecto del derecho a la igualdad, citó las Sentencias SU-519 de octubre 15 de 1997, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y T-245/99 M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonel.

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 19 de junio de 1997, Expediente No. 10426, Actor: Arturo Avellaneda, C. P. Dr. Carlos Orjuela Gongora.

consolidadas o constituidas, toda vez que la ley debe regir hacia el futuro y no debe afectar derechos adquiridos (...)”.

Al no reconocerse que el actor, tenía derecho al subsidio familiar por su conyugue y su hija, en un porcentaje del 35%, se desconoce el Concepto emitido por la citada Corporación, en la que destacó que¹¹ “(...) *el elemento sistemático de interpretación de las normas también interviene, ya que los dos artículos el 110 y 111 del Decreto 1029/94, relacionados con la familia (en la cual se menciona al cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del Nivel Ejecutivo de la policía) y con la remisión a los estatutos del personal de las fuerzas militares y policía nacional, deben ser entendidos en consonancia y como una aplicación del artículo 42 de la Constitución Política, en cuyo primer inciso se consagra este principio (...)*”, es decir, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de formarla.

Se pasaron por alto, de igual modo, aquellos principios mínimos fundamentales, tales como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, así como lo establecido en las Leyes 4ª de 1992, 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995, que prohibieron cualquier discriminación o desmejora para estos servidores, respecto del Decreto 1212 de 1990, el cual es el referente para no desmejorar la situación anterior.

Los Suboficiales de la Policía Nacional al homologarse a la carrera del Nivel Ejecutivo, lo hicieron con la plena y legítima convicción que se respetarían los mandatos de las mencionadas leyes, es decir, bajo la confianza legítima que les deba la seguridad jurídica de que su ingreso a la nueva carrera no les desmejoraría las condiciones que hasta ese momento tenían tanto en los factores salariales, como para la obtención de su asignación de retiro.

Como el demandante se homologó mediante la Resolución No. 02122 del 15 de Marzo de 1994 al Nivel Ejecutivo, encontrándose al servicio de la Policía

¹¹ El demandante no indicó el número de referencia.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Nacional como Alumno de Nivel Ejecutivo, según resolución Nro.1-117 del 24 de Junio de 1993, las normas del Decreto 1091 de 1995 y 4433 de 2004, no le cobijan ni alteran su situación respecto al régimen salarial y prestacional, estipulado en el Decreto 1212 de 1990.

Así las cosas, se vulneró el artículo 33 de la Ley 734 de 2002, por el cual se estipularon los derechos de los servidores públicos, pues, al no reconocer las primas, subsidios, cesantías retroactivas y bonificaciones relacionados en el Decreto 1212 de 1990, se atenta contra los derechos laborales y contra el mismo Estado de Derecho, como quiera que tiene dentro de sus fines la protección de las personas en obtener el reconocimiento y pago de sus derechos adquiridos así como sus prestaciones conforme a la Ley.

El régimen salarial y prestacional de los miembros de la Policía Nacional se encuentra regulado por diferentes normatividades, las cuales no muestran una adecuada concatenación frente a las Leyes Marco, lo cual ha generado la declaratoria de nulidades que dejan vacíos normativos y dificultan la interpretación; debe tenerse en cuenta que al momento en que el actor ingresó al Nivel Ejecutivo, para ese momento no se habían expedido las nuevas regulaciones y se continuaban rigiendo las disposiciones contenidas en el Decreto 1212 de 1990.

En conclusión el demandante tiene derecho a conservar la totalidad de los derechos laborales propios del régimen al cual se encontraba sujeto antes de ser homologado al Nivel Ejecutivo, pues lo contrario, implicaría un desconocimiento a la protección de no ser desmejorado laboralmente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de su apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos (folios 149 a 159):

El actor cambió de régimen, por las garantías que le ofrecía el Estatuto del Nivel Ejecutivo, basado en las bondades del mismo, en donde por voluntad propia decide acceder al mismo, en ese sentido, el acto acusado se encuentra ajustado a derecho y

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

revestido de la presunción de legalidad, toda vez que fue expedido por autoridad competente en ejercicio de sus facultades y con el lleno de los requisitos legales.

De acuerdo con los certificados salariales del señor Bonza Saavedra, se puede concluir que no presenta desmejora en materia laboral, motivo por el cual se puede concluir que se cumple lo dispuesto por el Consejo de Estado, cuando señaló que Ley ha protegido a los miembros que fueron homologados al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, respetando las garantías o beneficios adquiridos.

Debe tenerse en cuenta que la Policía Nacional, en aras de garantizar una mejor nivelación salarial, aumentó los sueldos, los cuales se equiparan a las primas que solicita el demandante.

Las pretensiones de la demanda se fundamentan en la reliquidación y pago de las primas de actividad, antigüedad, navidad, ministerial, servicios, vacacional, subsidio de familia, distintivo de buena conducta y subsidio de alimentación, sin embargo éstas, no guardan relación con las normas que relaciona como violadas.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le otorgó la Ley 180 de 1995 reguló mediante el Decreto 132 de 1995, la carrera profesional del Nivel Ejecutivo y, a través del Decreto 1091 de 1995 creó el régimen prestacional especial para este personal. Es por ello, que las primas de actividad, antigüedad y subsidio de familia no han sido canceladas, como quiera que dentro del citado marco normativo no está contemplado.

Finalmente transcribió los artículos 1 al 16 del último de los Decretos citados, para concluir que todos esos emolumentos relacionados son los que actualmente se le viene reconociendo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante Sentencia de 15 de marzo de 2013, denegó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Por medio del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que modificara las normas de carrera del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en sus diferentes situaciones administrativas.

Fue así, que en ejercicio de tales facultades se profirió el Decreto 041 de 1994, el cual, además de modificar las normas de carrera del mencionado personal, creó y reguló el Nivel Ejecutivo de dicho ente, no obstante, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-417 de 22 de septiembre de 1994¹² declaró inexecutable los apartes que se referían al Nivel Ejecutivo, en cuanto consideró, que el Gobierno Nacional excedió el límite material de la mencionada Ley.

Posteriormente, fue expedida la Ley 180 de 1995 la cual dispuso que la Policía Nacional estaría integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes prestaran el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella. Asimismo se estableció en el artículo 7º *ibídem*, que se revestía al Presidente de la República para que desarrollara la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo, a la cual podrían vincularse los Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa, sin que se discrimine o desmejore la situación de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al mencionado nivel

Por medio del Decreto 132 de 1995, se reguló todo lo relacionado con la carrera profesional del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre ello, las condiciones generales de ingreso el régimen salarial y prestacional, dentro de lo cual se estipuló que se someterían al que determinara el Gobierno Nacional; y, las normas de transición¹³.

¹² M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ "(...) ARTÍCULO TRANSITORIO. 1. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a la Policía Nacional, en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales.

El artículo 51 del Decreto 1091 de 27 de junio de 1995¹⁴, por su parte, señaló el porcentaje de la asignación de retiro para el personal de Nivel Ejecutivo¹⁵, y el artículo 49 ibídem relacionó las bases de liquidación¹⁶.

Una vez que analizó el anterior marco normativo destacó, en cuanto al caso en concreto, que el demandante tomó posesión del cargo de Patrullero el 10 de febrero de 1994 y que por medio de la Resolución No. 02122 de 15 de marzo del mismo año se ordenó el ingreso al Nivel Ejecutivo con efectividad a partir del 1º de abril de 1994, luego entonces concluyó, que ingresó por incorporación directa al mencionado Nivel y que no puede ser beneficiario del régimen estipulado en el Decreto 1212 de 1990 en la medida en que nunca ha sido Oficial o Suboficial de la Policía Nacional.

Aunque se declaró la inexecutable del Decreto 041 de 1994, en lo que se refiere al Nivel Ejecutivo, lo cierto es que el actor quedó cobijado por los artículos transitorios 1 y 2 del Decreto No. 132 de 1995, toda vez que se encuentra dentro de los supuestos facticos allí relacionados.

No se puede modificar la hoja de servicios del señor Bonza Saavedra, con el objeto de que le sean aplicados los beneficios del Decreto 1212 de 1990, en la medida en que este es un documento donde constan no solo los datos personales, sino también, los factores salariales y prestacionales para la liquidación de la asignación de retiro establecidos en la normatividad aplicable

ARTÍCULO TRANSITORIO 2. A partir de la vigencia del presente Decreto, el personal de alumnos que en el momento de entrar en vigencia el Decreto 41 de 1994, se encontraba adelantando curso de formación para agente o cabo segundo, ingresará al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Patrullero, de conformidad con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

(...)"

¹⁴ "(...) 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 (...)"

¹⁵ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, mediante Sentencia de 14 de febrero de 2007, Expediente No. 1240-04, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

¹⁶ "(...) 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;

(...)"

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

al servidor, en este caso, lo enlistados en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, el cual se refiere a los miembros del Nivel Ejecutivo que ingresaron por incorporación de manera directa.

Resaltó, que las normas que regularon el régimen salarial y prestacional de la Policía Nacional, resultaron ser más beneficiosas que las anteriores, dado que se lo que se buscó fue mejorar la remuneración a quienes pertenecían a dicho ente, de modo que no es posible que el demandante después de haber disfrutado de los beneficios que le otorgó el Nivel Ejecutivo, pretenda la aplicación de un régimen que, por demás, no le resulta aplicable.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante apoderado del señor Omar Bonza Saavedra interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, manifestando que fue desconocido lo ordenado por la Leyes 4ª de 1992; 180 de 1995, las cuales consagran la prohibición de desmejorar o discriminar a aquellos uniformados de la Policía Nacional que se acogieran al Nivel Ejecutivo.

El Consejo de Estado, por medio de la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁷, indicó que el artículo 110 del Decreto 1091 de 1995 consagró una definición de familia igual a la estipulada en el Decreto 1029 de 1994, pero no incorporó los estatutos del personal de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los funcionarios del Ministerio de Defensa, en el sentido de que se le extienden los beneficios al cónyuge y a los hijos del miembro del Nivel Ejecutivo.

Quiere decir que las prebendas relacionadas en los Decretos 1212, 1213, 1214 de 1990 se les deben respetar, incluso, a los que se encuentran en el Nivel Ejecutivo. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, este tipo de derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores¹⁸.

¹⁷ Concepto de 34 de octubre de 1996, Radicado No. 886.

¹⁸ Protocolo adicional a la Convención Americana de sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo San Salvador". Convenios 95, 100 y 111 de la OIT sobre la protección del Salario, 1949, igualdad de remuneración 1951 y discriminación en materia de empleo 1958, respectivamente.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

También sobre el subsidio familiar se pronunció el Consejo de Estado¹⁹, señalando que constituye uno de los factores a incluir al momento de liquidar la asignación de retiro que se ha de reconocer a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que sobrepase del 47%.

Finalmente, como el Actor era miembro de la Policía Nacional, antes de 1995, no le era aplicable el régimen de liquidación anual de cesantías.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Dadas las condiciones previstas en el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, y siendo innecesaria la celebración de la audiencia pública, se corrió traslado para alegar por escrito el 20 de febrero de 2014, a las partes y al Procurador Delegado ante esta Corporación.

Procede la Sala a dictar Sentencia dentro del término de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del traslado establecido en la norma previamente señalada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

Consiste en determinar si es procedente aplicar al señor Omar Bonza Saavedra el régimen prestacional de los Agentes de la Policía Nacional previsto en el Decreto Ley 1213 de 1990 en razón de la establecido por la Ley 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995, que señaló una protección para quienes estando al servicio de la Policía Nacional, se trasladaban al Nivel Ejecutivo de la misma, pese a que este último contempló un régimen prestacional diverso.

La Sala previo a dilucidar el tema resaltaré aspectos que se hallan acreditados dentro del plenario; hará una breve reseña normativa y jurisprudencial relacionada con la especial protección del personal activo en la Policía Nacional que se homologó al nivel

¹⁹ Consejo de Estado, Concepto de 18 de marzo de 2010, Radicado No. 11001-03-06-2009-0001-00 (1935), Actor: Ministerio de Defensa, C. P. Dr. Luis Fernando Alvarez Jaramillo.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

ejecutivo antes de la vigencia del Decreto 1091 de 1995, y finalmente se abordará el caso concreto.

Aspectos relevantes que se encuentran probados.

- Por medio del Oficio No. 295210/ADSAL-GRUNO-22, suscrito por el Jefe de Grupo de Novedades de Nómina de la Policía Nacional, se indicó que verificados los antecedentes que reposan en el Sistema de Información para la Administración y Gestión de Talento Humano se pudo constatar que el señor Omar Bonza Saavedra se vinculó a la Institución bajo la modalidad de incorporación directa al Nivel Ejecutivo, y que por consiguiente, no había sido homologado. Además se dispuso que el Decreto 1091 de 1995 no contempló el subsidio familiar al cónyuge o compañero permanente, así como, las primas de antigüedad y actividad, motivo por el cual no era viable el reconocimiento de estos emolumentos (folios 5 a 7).
- A folios 11 a 13 obra extracto de hoja de vida expedida el 16 de noviembre de 2011 suscrita por el Jefe del Grupo de Talento Humano de la Policía Nacional, del cual se extrae que el actor ingresó como Alumno a la Policía y fue incorporado al Nivel Ejecutivo, veamos:

NOVEDAD	DISPOSICIÓN	FECHA INICIO	FECHA TÉRMINO	TOTAL		
				A	M	D
Agente Nivel Ejecutivo	A 1-117 24-Jun-93	03-May-93	31-Mar-94	00	10	28
Nivel Ejecutivo	R 2122 15-Mar-94	01-Abr-94	16-Nov-11	17	07	15
TOTAL				18	6	13

De dicho extracto también se desprende que su cónyuge es la señora Yenivia Larrotta Lievano, y su hija es Andrea Carolina Bonza Larrotta, nacida el 25 de diciembre de 2000.

- De acuerdo con el Acta No. 45, se evidencia que el actor se posesionó como Patrullero en la Policía Metropolitana de Bogotá (folio 176).

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Mediante el Oficio No. 050631 de 22 de febrero de 2013, expedido por el Responsable de Procedimientos de Nómina de la Policía Nacional, se estableció que los emolumentos a tener en cuenta para el Nivel Ejecutivo, son los siguientes: sueldo básico, primas de retorno a la experiencia, navidad, servicio, vacaciones y subsidio de alimentación (folio 171).

Establecido lo anterior pasa la Sala a resolver el *sub júdice* en el siguiente orden: (I) Del marco normativo y jurisprudencial aplicable y, (II) Del caso concreto.

Régimen normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

Atendiendo a lo sostenido en la Ley 62 de 12 de agosto de 1993²⁰, por la cual se expiden disposiciones sobre la Policía Nacional y, entre otras, se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, el Gobierno Nacional profirió los Decretos Nos. 41 de 10 de enero 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*"²¹, y 262 de 31 de enero de 1994²², "*por el cual se modifica las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*".

El primero de los mencionados Decretos fue objeto de pronunciamiento de inexecutable parcial por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-417 de 1994, en tanto se refirió al "Nivel Ejecutivo" de la Policía Nacional; en la medida en que la Ley habilitante, esto es la 62 de 1993, no contempló el citado Nivel²³, por lo que, en consecuencia, se evidenció un exceso del límite material fijado por aquella.

Por su parte, en el artículo 7º del segundo de los citados Decretos se dispuso que los Agentes, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos, podían ingresar al primer grado del nivel ejecutivo. Y, en el artículo 8º *ibidem*, se estableció que:

²⁰ Diario Oficial No. 40987 de 12 de agosto de 1993.

²¹ Diario Oficial No. 41168 de 11 de enero de 1994.

²² Diario Oficial No. 41201 de 31 de enero de 1994.

²³ Al respecto, en el artículo 6º puntualizó: "*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.*".

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

“(...) RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. Los agentes a que se refiere el artículo anterior, que ingresen al nivel ejecutivo, se someterán al régimen salarial y prestacional, determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional (...).”

Posteriormente, mediante el artículo 1º de la Ley 180 de 13 de enero de 1995²⁴ se modificó el artículo 6º de la Ley 62 de 1993²⁵, consagrándose, por primera vez de manera ajustada al ordenamiento jurídico, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución²⁶. Adicionalmente, en el artículo 7º *ibídem* se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objeto de regular, entre otros aspectos, las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del estudiado Nivel Ejecutivo; disponiendo en el párrafo ídem 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.(...)”

En virtud de dichas facultades se expidió el Decreto 132 de 13 de enero de 1995²⁷, “*por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía nacional*”, consagrande: (a) en el artículo 13, la posibilidad de que los Agentes en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo; (b) en el artículo 15, la sujeción del personal que ingresara

²⁴ “*Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.*” Publicada en el Diario Oficial No. 41676 de 13 de enero de 1995.

²⁵ La norma en comento consagró: “*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.*”

²⁶ En relación con la filosofía de profesionalización que inspiró la creación del referido nivel, en la Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, de 1º de noviembre de 2005, C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro, radicado 2001-6432-01, expresó: “*Se considera que el Legislador bien podía proceder, como lo hizo, otorgando una protección especial al personal en servicio activo de la Policía nacional que ingresara al nuevo nivel ejecutivo, ya que de no hacerlo sería difícil tal movimiento de personal. La protección señala que no puede discriminarse ni desmejorarse, en ningún aspecto, la situación actual de dicho personal, se entiende que en lo compatible.*”

²⁷ Diario Oficial No. 41676 de 13 de enero de 1995.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

al referido Nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional; y, (c) en el artículo 82, lo siguiente:

“(...) 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 (...)”.

Finalmente, en el artículo transitorio 1º del Decreto 132 de 1995, se dispuso:

“(...) El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a la Policía Nacional, en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales (...)”.

Por el Decreto No. 1091 de 27 de junio de 1995, a su turno, el Presidente de la República expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional²⁸⁻²⁹, contemplando, entre otros, los siguientes conceptos: primas de

²⁸ En desarrollo de lo dispuesto en el literal d) del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992, que establece: “El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

[...]

d) Los miembros de la Fuerza Pública.”.

²⁹ En relación con la posibilidad de que el Gobierno Nacional, con sujeción a la Ley Marco No. 4 de 1992, expidiera dicho régimen, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-1269 de 2000, que: “**3. La presunta omisión en el ejercicio de las facultades extraordinarias, por no haber el Ejecutivo ejercido la facultad de señalar el régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo.** La Corporación tampoco encuentra fundamento en este cargo, pues como bien lo anotan tanto la apoderada del Ministerio de Defensa, como el Procurador General de la Nación, el artículo 15 del Decreto 132 de 1995 contiene la regulación normativa concerniente al régimen salarial y prestacional para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, previsión conforme a la cual, el personal que ingrese a ese nivel se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones, dicte el Gobierno Nacional

(...)

Así, pues, fue lo correcto que, en este aspecto, se limitara a hacer remisión al instrumento de concreción constitucionalmente válido de su competencia legislativa en esta materia, pues aun cuando el régimen salarial y prestacional del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional es elemento integrante del sistema de administración del referido personal, no puede perderse de vista que tiene su propia fuente de validez formal y material, por lo que debía desarrollado mediante Decreto Reglamentario de la Ley Marco de salarios, No. 4ª. de 1992, como en efecto ocurrió, al regularse mediante el Decreto 1091 de 1995.”.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

servicio, del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y, de navidad; y, subsidios de alimentación y familiar.

Más adelante, mediante el Decreto No. 1791 de 14 de septiembre de 2000³⁰, “*por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*”, se dispuso en el artículo 10º la posibilidad de los Agentes de ingresar al Nivel Ejecutivo, considerándose en el párrafo ídem que: “*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.*”.

El aparte transcrito, debe advertirse, fue objeto de pronunciamiento de exequibilidad por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-691 de 2003, providencia en la que se resaltó que: (i) el traslado de agentes y suboficiales al nivel ejecutivo era voluntario; (ii) la sujeción a un régimen especial con el cambio de nivel era completamente válido; y, (iii) en todo caso, la normativa contenida en la Ley 180 de 1995, y concordantes, impedía el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían ya vinculados con la Policía y procedían a optar por el traslado al nivel Ejecutivo. Al respecto, se precisó:

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

[...]

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

³⁰ Diario Oficial No. 44161 de 14 de septiembre de 2000. Este cuerpo normativo fue declarado inexecutable, en varias de sus disposiciones, a través de la Sentencia C-253 de 2003.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Dentro de este marco también resulta oportuno referir que, claramente, en dos oportunidades esta Corporación, en sede de control abstracto de legalidad, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la protección a que hace referencia el párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 182 de 1995.

Así, en la Sentencia de 14 de febrero de 2007, proferida por la Sección Segunda, con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla, se declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto No. 1091 de 27 de junio de 1995, por el cual se reguló la asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo, al considerar que esta materia no podía ser definida en sus líneas generales y fundamentales por el Presidente de la República, sino por el Legislador a través de una Ley Marco. En dicha oportunidad, además, se precisó que:

“(...) Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima. (...)”.

Por su parte, en la providencia de la Sección Segunda, de 12 de abril de 2012, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, se efectuó un pronunciamiento de fondo en relación con la legalidad del párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, por el cual se reguló nuevamente la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo. En dicha oportunidad, se declaró la nulidad de la disposición demandada³¹.

Con tal objeto, se precisó que uno de los cargos en que se fundó la demanda consistió en afirmar que con dicha norma se vulneraron los derechos de los Agentes y Suboficiales que se incorporaron al Nivel Ejecutivo al haber incrementado el tiempo requerido para acceder a la asignación de retiro [en comparación con los Decretos 1213 y 1212 de 1990, respectivamente].

³¹ Actualmente, mediante el Decreto 1858 2012 se reguló este régimen para el Nivel Ejecutivo.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

De la anterior normativa y jurisprudencia, entonces, queda claro que quienes pertenecían al nivel de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del Nivel Ejecutivo; y, que 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.

En relación con este último aspecto, debe advertirse que se convierte en una regulación expresa de la prohibición de retroceso o de regresividad derivada del principio de progresividad al que están sometidas las facetas prestacionales de los derechos constitucionales.

En este marco, de una lectura armónica v. gr. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³², con especial cuidado del artículo 2.1.³³, se deriva que los Estados deben lograr la satisfacción plena de los derechos que allí se consagran [entre los cuales se hace referencia al trabajo y a su adecuada remuneración] de manera **gradual** y en **progreso**³⁴. Bajo esta línea, aunque no se desconocen los esfuerzos económicos que se deben adelantar para la consecución de máximos niveles de satisfacción de este tipo de bienes, tampoco es dable, en principio³⁵, que el Estado, so pena de vulnerar el mandato de “progreso”, disminuya el nivel de protección que ha alcanzado por la vía de gradualidad, por lo que, tanto a nivel internacional como nacional, se ha considerado que uno de los imperativos derivados del referido principio de progresividad es la prohibición de retroceso o regresividad, la cual se ha entendido por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-428 de 2012, en los siguientes términos:

“(...) 2.4. El último aspecto, denominado prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de

³² Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en los términos del artículo 93 de la Constitución Política.

³³ En similar sentido ver el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, en materia del principio – derecho a la seguridad social, el artículo 48 inciso 3º de la C.P. consagra el principio de progresividad.

³⁴ Al respecto ver la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

³⁵ “En principio” implica que en nuestra jurisprudencia constitucional se ha establecido una presunción de inconstitucional de las medidas que impliquen un retroceso, sin perjuicio de que, asumiendo una carga argumentativa, se justifiquen constitucional y legalmente las decisiones adoptadas en contravía de este mandato, por perseguir fines constitucionales imperiosos [ver la Sentencia T-043 de 2007].

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

*arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de algunas facetas prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada (...)*³⁶.

También debe advertirse que, tal como lo establece el inciso 10º del artículo 48 [en materia pensional] y el artículo 58 de la Constitución Política, dentro de nuestro régimen normativo existe una protección especial a los derechos adquiridos, entendidos como aquellos que ingresaron al patrimonio de un particular y que, por tanto, son inmodificables. Al respecto, en la Sentencia C-038 de 2004, reiterada por la Sentencia T-662 de 2011 se consideró sobre los derechos adquiridos, que:

“(...) Bien, el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación (...)”

Finalmente conviene advertir que en relación con el mandato de no regresividad y con la protección de derechos adquiridos, el literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 [normativa a la que se sujetó el Gobierno Nacional al expedir el Decreto No. 1091 de 1995], dispuso:

“Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales; [...]*”

³⁶ Para una mayor comprensión del asunto se pueden ver, entre otras, las Sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1098 de 2002, T-043 de 2007 y C-228 de 2011; y, consultar “Ni un paso atrás - La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Christian Courtis (Compilador), CEDAL Centro de Asesoría Laboral y Centro de Estudios Legales y Sociales; Editores del Puerto s.r.l., Argentina, 2006.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Del caso en concreto.-

Referido el anterior marco normativo y jurisprudencial debe determinar la Sala si es dable ordenar el reconocimiento incoado por el interesado, teniendo en cuenta al efecto que, para dicha solución, debe analizarse si, en virtud de la protección otorgada por la Ley a los Agentes que se homologaron en el Nivel Ejecutivo, debe aplicarse el Decreto 1213 de 1990 en relación con el reconocimiento de las primas y los beneficios salariales y prestacionales reclamados.

En dicho contexto, lo primero que debe advertirse es que está plenamente demostrado dentro del expediente que el señor Bonza Saavedra: (i) ingresó al servicio de la Policía Nacional y fue incorporado de manera directa al Nivel Ejecutivo el 1º de abril de 1994, es decir que no fue homologado, y, (iii) el 9 de septiembre de 2011, ascendió al grado de IJ [Intendente Jefe]³⁷.

También está acreditado, por una parte, que durante el tiempo en que laboró el actor en el Nivel Ejecutivo, su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995; y por otra, que su incorporación se adelantó en vigencia de los Decretos Nos. 041 y 262 de 1994, el primero de los cuales fue declarado inexecutable en cuanto se relacionó al Nivel Ejecutivo.

Al ver lo anterior se puede concluir, que en ningún momento le fueron desmejoradas sus condiciones salariales y prestacionales, en la medida en que nunca hizo parte de los beneficiarios del Decreto 1213 de 1990 puesto que su condición laboral siempre se rigió por el Decreto 1901 de 1995; bajo esa consideración, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo cuando el mismo se haya causado, esto es, que hubiese ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. En otras palabras, no se pueden pretender los posibles beneficios que traían consigo el primero de los Decretos antes mencionados, cuando finalmente el señor Bonza Saavedra nunca los disfrutó o percibió.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que tiene derecho a los factores salariales y prestacionales descritos en el Decreto 1213 de 1990, lo cierto es que en el

³⁷ Ver Extracto de Hoja de Vida visible a folio 11.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Sub lite no es posible hacer una interpretación factor por factor como lo pretende el señor Bonza Saavedra, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala, la competencia atribuida constitucional y legalmente al Legislador para llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los Agentes y para el Nivel Ejecutivo.

Además, en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se incorporó debe observarse en su integridad. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 9 de octubre de 2008, expediente 3021-04, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, proporciona la ganancia de otros. En dicha providencia sostuvo lo siguiente:

“(...) Si bien es cierto el nuevo régimen salarial y prestacional eliminó algunos beneficios, como la prima de antigüedad y la retroactividad de cesantías, que aún se conservan en el antiguo, es de anotar que introdujo ventajas a nivel salarial que no se compensan con el anterior; las que, de acuerdo con lo dicho, fueron percibidas por el actor a partir del 04 de febrero de 1997.

En virtud del principio de inescindibilidad de la Ley no es jurídicamente viable conceder beneficios de uno y otro régimen para obtener de cada uno lo mejor, como sería permitir que un funcionario perteneciente al nuevo régimen de la Procuraduría General continuara gozando de la retroactividad de cesantías, beneficio que fue eliminado de su regulación.

El establecimiento de cargos y la determinación de su remuneración y beneficios prestacionales no es facultativo de los funcionarios y empleados a quienes se aplica, por el contrario, su determinación es normativa, por ello se habla de vinculación legal y reglamentaria. El acceso a un determinado cargo lleva implícitas unas consecuencias que previamente están reguladas y deben ser acatadas en su integridad. [...]

Concluir que el acceso a un cargo cuya denominación y remuneración se encuentra establecida sólo en el régimen nuevo aplicable a los trabajadores de la Procuraduría General de la Nación implica someterse al régimen anualizado de cesantías, no vulnera los derechos adquiridos del actor, por cuanto, al haberse modificado la situación existente al momento de selección del Decreto 51 de 1993 y haber accedido a beneficios salariales contemplados en otra normatividad, él se ubicó en una situación salarial y prestacional diferente, que obedece a otro sistema de remuneración, dentro del cual, se reitera, no se garantiza la posibilidad de acceder a las cesantías de manera retroactiva. (...).”³⁸

³⁸ Sentencia de 9 de octubre de 2008; expediente 3021-04; M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los Agentes y Suboficiales que se incorporaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, el de favorabilidad; por ende, ya mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995, no desmejoró sus condiciones laborales.

En efecto, al analizar el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo se puede concluir que, no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se estipuló una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de Agente, por lo que, en consecuencia, lo que se advierte es que en vigencia de un nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestaciones.

Entonces, contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado **en su conjunto** el régimen del Decreto No. 1091 de 1995, le reporta mayores beneficios.

Adicionalmente, no es viable que el actor se beneficie de las nuevas primas que fueron creadas, a través del citado Decreto, así como de una asignación básica superior, que también se reflejó en la liquidación de las demás prestaciones sociales; y, al mismo tiempo, devengue los emolumentos del régimen contemplado en el Decreto 1213 de 1990 cuando nunca los devengó.

Así las cosas, el interesado únicamente tiene derecho al pago de los conceptos establecidos en el Nivel Ejecutivo, teniendo en cuenta que su ingreso al mismo operó en la modalidad de incorporación directa.

En consecuencia, el acto administrativo demandado no está incurso en ninguna de las causales de nulidad alegadas por el actor, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el referido Nivel, cuyas disposiciones se aplicaron en su integridad desde el momento en que ingresó a éste.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

En estas condiciones las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, y en consecuencia, se confirmará la Sentencia que negó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas.

Al respecto, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) estableció que: *“salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. En ese sentido, a diferencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), impone al Juez pronunciarse respecto de la condena en costas atendiendo a elementos objetivos, sin tener en consideración el análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Debe advertirse que dicha condena es una figura que surge del proceso propiamente dicho y hace relación a los gastos en los que se debe incurrir para obtener una declaración o ejecución judicial de un derecho³⁹. Éstas deben ser sufragadas por aquel que fue vencido en el proceso⁴⁰ y, comprende además de las expensas necesarias, las agencias en derecho, es decir el pago de honorarios del abogado de la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses⁴¹.

No obstante, el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los

³⁹Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición. Editorial ABC. Bogotá. 1985. Página. 529.

⁴⁰ Caicedo Mora, Caicedo. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Anotado. Trigésima Cuarta Edición. Página 299.

“(…) Para la condenación en costas el legislador tomó inicialmente el criterio subjetivo, conforme al cual la imposición se subordina a la malicia o temeridad con que actuara la parte en el proceso.

*Posteriormente la doctrina moderna, y con ella nuestra ley procesal, han acogido en esta materia el criterio objetivo, **o sea que las costas corren en todo caso a cargo del vencido**, abstracción hecha de su intención y de su conducta en el proceso (...)*” (Lo subrayado es de la Sala).

⁴¹López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo 1. Dupré Editores. Bogotá D.C. 2012. Pág. 1059.

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

criterios establecidos por el legislador⁴², se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno.

Ahora bien, para efectos de este trámite, el artículo 366 del Código General del Proceso estableció que la competencia recaen en el Tribunal o Juzgado de la respectiva **instancia** o recurso, inmediatamente después de quedar ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, correspondiendo al Secretario hacer la liquidación y al Magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga. La liquidación debe incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que, se reitera, aparezcan comprobados y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, además de las agencias en derecho, aunque se litigue sin apoderado. La liquidación así practicada puede ser objetada y el Auto que la confirme es apelable.

Por tal motivo, y en virtud a que el *A – quo* no se pronunció respecto de dicha condena, la Sala adicionará la Sentencia apelada y condenará en costas a la parte demandante; para el efecto, se deberán tener en cuenta los presupuestos establecidos en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 15 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por Omar Bonza Saavedra contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁴²De acuerdo con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, "(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación(...)*".

REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201200410 01-

No. INTERNO: 1818-2013-

ACTOR: OMAR BONZA SAAVEDRA-

ADICIONASE el proveído impugnado, en el sentido de condenar en costas a la parte demandante.

RECONÓCESE personería para actuar, en nombre y representación de la entidad demandada, al abogado Ronald Alexander Franco Aguilera, en los términos y para los efectos del memorial de poder visible a folio 220 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN