CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 9 de octubre de 2017.

Radicación: 44001-23-33-000-2013-00141-01
Número interno: 0527-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jorge Alexander Alape Domínguez
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-119-2017

1. ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES[1]

El señor Jorge Alexander Alape Domínguez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.

2.1. Pretensiones

- Se declare la nulidad del oficio S-2013-032816/ADSAL-GRUNO-22 de 7 de febrero de 2013, suscrito por la jefe del área de administración salarial de la Policía Nacional, mediante el cual se le niega el reconocimiento y pago de primas, subsidios, bonificaciones, cesantías y demás prestaciones.

- A título de restablecimiento, solicitó condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante sobre el sueldo básico devengado en servicio activo por un sub comisario desde el 15 de marzo de 1994 hasta el momento que se dicte sentencia, las siguientes prestaciones laborales: primas de actividad, de antigüedad, subsidio familiar en un 43% y bonificación por buena conducta; así como la prima ministerial ordenada en el Decreto 2863 de 2007.

- Igualmente, se ordene la reliquidación y pago de las cesantías retroactivas con base en el salario básico de un subcomisario y los factores salariales del Decreto 1212 de 1990, y se condene a la entidad demandada a la modificación de la hoja de servicios del demandante en atención a las anteriores pretensiones.

- Se condene al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, así como el pago

[1] Folios 103 a 130 del cuaderno 1.

actualizado de las sumas reconocidas, el cumplimiento de la sentencia y el pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho.

2.2. Fundamentos Fácticos

- El demandante se encontraba vinculado a la Policía Nacional como agente, posteriormente ascendió como suboficial (cabo segundo) y fue homologado al nivel ejecutivo en el grado de subintendente.

- Durante la prestación del servicio en la Policía Nacional, el demandante contrajo matrimonio con la señora Rosa Leonor Beltrán Beltrán, de cuya unión procrearon a su hija Ángela Jhuliza Alape Beltrán.

- El 30 de enero de 2013 el demandante solicitó el reconocimiento de la liquidación y pago de las prestaciones sociales (primas de actividad, de antigüedad, ministerial del 1,92%, bonificación por buena conducta, subsidio familiar y auxilio de cesantías retroactivas, a las que dijo tener derecho por pertenecer al escalafón de agentes con anterioridad al ingreso al nivel ejecutivo de la Policía.

- Mediante Oficio S-2013-032816/ADSAL-GRUNO-22 de 7 de febrero de 2013, suscrito por la jefe del área de administración salarial de la Policía Nacional, se denegó la petición.

3. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.[2] En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su

[2] Hernández Gómez William, consejero de estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

reforma, de la contestación o de la reconvención, además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

3.1. Excepciones previas art. 180-6 del CPACA[3]

A folios 257 (reverso) y 258 (anverso) del cuaderno 2, en el presente caso se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

> «[…] La parte demandada no propuso excepciones.
>
> El despacho de manera oficiosa considera que conforme a las pretensiones solicitadas, algunas pueden estar afectas de prescripción, salvo el auxilio de cesantías. En lo atinente a los demás, toda vez que la solicitud de las prestaciones fue solicitada el 30 de enero de 2013, se tiene difiere que las prestaciones anteriores al 30 de enero de 1999 estarían prescritas.
>
> Por lo cual, la excepción de prescripción estaría probada en relación con las prestaciones sociales, específicamente, las solicitadas en relación con la prima de antigüedad y el subsidio familiar.
>
> Respecto al anticipo de cesantías habría que verificar si existe norma que lo cobije.
>
> Decisión. El despacho de manera oficiosa encuentra probada la excepción de prescripción en relación con la prima de antigüedad y el subsidio familiar y anticipo de cesantías. […]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes guardaron silencio.

---

[3] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. (Ramírez Ramírez Jorge Octavio, consejero de estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* EJRLB.)

3.2. Fijación del litigio art. 180-7[4]

A folio 258 (anverso) del cuaderno 2, en la audiencia inicial se fijó el litigio con base en las pretensiones y el problema jurídico, así:

> «[…] determinar si el señor JORGE ALEXANDER ALAPE DOMÍNGUEZ tiene derecho o no a la liquidación, inclusión en nómina, el pago de salarios y prestaciones devengados en su grado de Subcomisario. […]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes guardaron silencio.

4. SENTENCIA APELADA[5]

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto demandado, ordenó a la entidad demandada a liquidar y pagar al demandante lo dejado de percibir por prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, distintivo por buena conducta y auxilio de cesantías retroactivas a partir del 30 de enero de 2009 y hasta la fecha de su retiro, por efecto de la prescripción cuatrienal y condenó en costas a la entidad demandada.

Luego de hacer un recuento legal y jurisprudencial, consideró que cuando el demandante optó por la homologación al nivel ejecutivo, estuvo amparado por la prohibición de ser discriminado o desmejorado en sus condiciones salariales y prestacionales.

Así las cosas, indicó que el demandante antes de homologarse al nivel ejecutivo ostentaba en calidad de suboficial en el grado de cabo segundo, con

---

[4] «[…] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.[…]». Hernández Gómez William, consejero de estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

[5] Folios 335 a 350 del cuaderno 2.

el régimen laboral consagrado en el Decreto 1212 de 1990, por lo que percibía todos los factores salariales contemplados en dicho decreto; así mismo, que el sueldo básico para el año 1994 fue de $149.900 y con la homologación su asignación se elevó a $280.000, en virtud del cambio a subintendente, no obstante dejó de causar la prima de actividad, de antigüedad, el distintivo por buena conducta y la partida de alimentación, factores que en conjunto representaban un ingreso significativo para el demandante, el cual no queda convalidado con la prima de nivel ejecutivo y la de retorno, frente a la prima de orden público se redujo del 25% al 15%, así mismo se modificó las condiciones de causación del subsidio familiar.

Aunado a lo anterior, las variaciones descritas inciden en las prestaciones causadas anualmente, cuya base de liquidación son los factores salariales percibidos mensualmente. Igualmente el cambio de régimen de cesantías representa a todas luces una disminución de las prebendas laborales que tenía el demandante.

Argumento que quedó demostrado que el demandante recibió un tratamiento diferente que representó desmejoramiento y discriminación en su condición de servidor público, en comparación con los demás oficiales y suboficiales que no fueron homologados al nivel ejecutivo.

Finalmente denegó los perjuicios morales por cuanto no fueron acreditados en el expediente.

5. RECURSO DE APELACIÓN[6]

La parte demandada interpuso recurso de apelación mediante el cual solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda; para el efecto, argumentó que el demandante al ingresar al régimen del nivel ejecutivo, lo hizo en el nuevo

[6] Folios 353 a 393

régimen de carrera contemplado en el Decreto 1091 de 1995, con salarios y prestaciones diferentes a las contempladas en el Decreto 1212 de 1990.

Indicó que el fallo de primera instancia desconoció el principio de inescindibilidad de la ley, toda vez que hizo un estudio de factor por factor y no de manera integral, por lo que realizó una combinación de los elementos más favorables del Decreto 1212 de 1990 y el Decreto 1091 de 1995, así las cosas, creó un tercer régimen, lo cual no es de competencia de los jueces sino del legislador.

Posteriormente, realizó un cuadro comparativo de los salarios y factores devengados por un cabo segundo y un subintendente del nivel ejecutivo en el año 1994, para indicar que al momento de homologarse del escalafón de suboficiales al nivel ejecutivo en el grado de subintendente tuvo un aumento económico de $223.254, por lo que al demandante le fue más favorable homologarse a este último grado del nivel ejecutivo.

El mismo cuadro lo hizo para el año 2014, para concluir que si bien es cierto que el demandante dejó de devengar unas primas, se le incluyeron otras primas, así mismo, el salario se aumentó, mejorando las condiciones salariales y prestacionales que tenía.

Señaló que el demandante debió demandar el acto administrativo que lo homologó al nivel ejecutivo (Resolución 002123 de 15 de marzo de 1994), ya que fue la que modificó las prestaciones sociales que se solicitan en la demanda, incluso debió haber solicitado a la entidad demandada que lo devolviera al grado que ostentaba y no esperar 19 años para hacer una reclamación, reviviendo los términos de caducidad, configurándose una inepta demanda y caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante:[7] solicitó que se tenga en cuenta la jurisprudencia que accede a las pretensiones de la demanda, en especial la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 17 de abril de 2013, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 2011-00079-01; así mismo, solicitó que en caso que no se acceda a las pretensiones, no se condene en costas, toda vez que el demandante no obró con temeridad o mala fe, ni tampoco utilizó de manera innecesaria los mecanismos judiciales.

6.2. Parte demandada:[8] reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto en segunda instancia, como se observa a folio 456

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,[9] el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

---

[7] Folios 427 a 443

[8] Folios 450 a 455

[9] El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

7.2. Problema jurídico

1. ¿El señor Jorge Alexander Alape Domínguez fue desmejorado salarial y prestacionalmente, cuando aceptó voluntariamente homologarse al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional?

En caso de ser positiva la respuesta a lo anterior se deberá resolver, además, lo siguiente:

2. ¿Tiene el derecho adquirido a que se liquiden y cancelen las primas, subsidios, prestaciones y demás bonificaciones que fueron disminuidas o dejadas de percibir, con ocasión de su homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y que se encontraban consagradas en el Decreto 1212 de 1990?

7.2.1. Primer problema jurídico

¿El señor Jorge Alexander Alape Domínguez fue desmejorado salarial y prestacionalmente, cuando aceptó voluntariamente homologarse al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: el demandante no fue desmejorado salarial ni prestacionalmente cuando fue homologado al nivel ejecutivo, como procede a explicarse.

7.2.1.1. Desarrollo normativo de la carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional en atención a lo regulado en la Ley 62 de 1993, que concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, profirió los Decretos 41 de 1994,[10] «[…] por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones […]», y 262 de 1994, «[…] por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones […]», el cual en su artículo 8, indicó*:*

> «[…] 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.[…]»

Luego, el artículo 1.° de la Ley 180 del 13 de enero de 1995[11] modificó el artículo 6.° de la Ley 62 de 1993, consagrándose el nivel ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución.

Así mismo, el artículo 7.° ib., concedió facultades extraordinarias al presidente de la República para regular, entre otros aspectos, las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo; el cual señaló en el parágrafo lo siguiente:

> «[…] 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.[…]»

Posteriormente, se expidió el Decreto 132 de 1995, «[…] por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional […]», en el

---

[10] El cual fue objeto de pronunciamiento de inexequibilidad parcial por parte de la Corte Constitucional en 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 Nivel, por lo que, en consecuencia, se evidenció un exceso del límite material fijado por aquella.

[11] "[…] 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 […]"

cual se consagró: i) la posibilidad de que los agentes en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo, (artículo 13); ii) la sujeción del personal que ingresara al referido nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional (artículo 15); y iii) en el artículo 82, señaló que el ingreso al nivel ejecutivo no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

Igualmente, el artículo transitorio 1.° del decreto en mención, señaló:

> «[…] El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a la Policía Nacional, en el momento en que se declaró inexequible 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. […]»

En desarrollo de la Ley 4ª de 1992, se expidió el Decreto 1091 de 1995, «[…] Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995 […]»[12]-[13], que reguló los salarios y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo.

---

[12] 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. […]".

[13] 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 desarrollarlo 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.[…]".

Seguidamente, a través del Decreto 1791 de 2000,[14] «[…] por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional […]», se indicó en el artículo 10 la posibilidad para los agentes de ingresar al nivel ejecutivo, considerándose en el parágrafo *idem* que: «[…] El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9º y 10º del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo.[…]»

El aparte transcrito, 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: 1) el traslado de agentes y suboficiales al nivel ejecutivo era voluntario; 2) la sujeción a un régimen especial con el cambio de nivel era completamente válido; y, 3) en todo caso, las normas contenidas en la Ley 180 de 1995, y concordantes, impedían 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.

Adicionalmente, en dos oportunidades el Consejo de Estado, en sede de control abstracto de legalidad, se pronunció sobre la protección a que hace referencia el parágrafo del artículo 7.º 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, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, se declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 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.

[14] Esta norma fue declarada inexequible, en varias de sus disposiciones, a través de la Sentencia C-253 de 2003.

Por su parte, en la providencia de la Sección Segunda, de 12 de abril de 2012, consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, se pronunció de fondo en relación con la legalidad del parágrafo 2.º 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 demandada, además 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).

De acuerdo con el mandato de no regresividad y con la protección de derechos adquiridos,[15] el literal a) del artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, señaló:

> «[…] 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; […]»

7.2.1.2. Caso concreto

Con base en el extracto de la hoja de vida del demandante que obra a folios 7 y 8 del cuaderno 1, se encuentra probado que ostentaba el grado de suboficial, antes de homologarse a la carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Igualmente, se acreditó que mientras se desempeñó como suboficial, se le aplicó el régimen del Decreto 1212 de 1990, luego, en virtud de la

[15] Artículos 48 y 58 Constitucionales

homologación al nivel ejecutivo, para efectos salariales y prestaciones, se rigió por el Decreto 1091 de 1995.

Determinado lo precedente, a continuación se efectúa un cuadro comparativo de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados a la demandante como cabo segundo de la Policía, y luego, al homologarse en el Nivel Ejecutivo.

Concepto	**Nivel Ejecutivo Decreto 1091 de 1995**	**Definición legal**	**Concepto**	**Suboficial Decreto 1212 de 1990**	**Definición legal**
Subsidio Familiar	art 15 y ss.	El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. (hijos, hermanos y padres)	Subsidio Familiar	art. 82	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%), más 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 devengarlo, 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%).

Prima de Servicio	art. 4	El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.	Prima de servicio	art. 69	Los Oficiales y Suboficiales de la Policía en servicio activo tendrán derecho al pago de una prima equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año.
Prima de Navidad	art. 5	Art. 5 Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a 1 mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el art. 13 de este decreto.	Prima de navidad	art. 70	Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año.
Prima de Vacaciones	art. 11	El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.	Prima de Vacaciones	art. 81	Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 80 del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del lo de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada

					año fiscal.
Subsidio de Alimentación	art. 12	El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional.	Subsidio de Alimentación	art. 88	Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a un subsidio mensual de alimentación en cuantía que en todo tiempo determinan las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
Prima del Nivel Ejecutivo	art. 7	El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad.	Prima de actividad	art. 68	Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.
Prima de retorno a la experiencia	art. 8	El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma: a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de	Prima de antigüedad	art. 71	Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: 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.

		servicio en el grado de intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%); b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%); c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%).			
			Distintivos de buena conducta para suboficiales.	Art. 214	A partir de la vigencia del presente Decreto, los distintivos de buena conducta, darán derecho a los Suboficiales en servicio activo a percibir una bonificación mensual equivalente al uno por ciento (1%) del respectivo sueldo básico por cada distintivo, sin que el total por este concepto puede sobrepasar el cinco por ciento (5%).
Régimen cesantías	art. 50 transitorio	Se estableció el régimen anualizado, consagrándose que a la fecha del traslado se reconocería el beneficio causado hasta ese	Régimen cesantías	art. 142	Se consagró el régimen retroactivo de cesantías

		momento al interesado, si se acreditaban los requisitos para ello.			

De acuerdo con lo anterior, la diferencia entre las partes estriba fundamentalmente en lo siguiente: la parte demandante sostuvo que al homologarse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional le fueron desmejoradas las condiciones salariales y laborales que tenía como suboficial, por su parte, la demandada refirió que el demandante indudablemente mejoró al homologarse.

Ahora bien, de conformidad con los decretos anuales proferidos por el Gobierno Nacional para la regulación, entre otros, de los sueldos básicos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y de los suboficiales, se evidencia que el salario devengado de conformidad con el Decreto 187 de 2014[16], tiene la siguiente proporción: i) cabo segundo 20.7473% y, (ii) subcomisario 44.8164% en relación con la asignación básica del grado de general[17].

Por lo tanto, al tener en cuenta que el régimen cuya aplicación se solicita es el contenido en el Decreto 1212 de 1990, aplicable para los suboficiales de la Policía Nacional, se procede a determinar la asignación básica de un cabo segundo, para la fecha del retiro del demandante (vigencia 2014),[18] así:

Norma	**Remuneración mensual de ministro de despacho**

[16] Año en que fue retirado del servicio activo, según lo señalado en el extracto de la hoja del servicio del demandante que obra a folio 8

[17] En los Decretos expedidos anualmente se determinaron los siguientes porcentajes entre los grados de Cabo segundo y Subcomisario respectivamente, así: Decretos 1713 de 2013 (20.7473% y 44.8164%); 842 de 2012 (20.7473% y 44.8164%), 1050 de 2011 (20.7473% y 44.8164%) , 1530 de 2010 ((20.7473% y 44.8164%), 737 de 2009 (20.7473% y 44.8164%), 673 de 2008 (20.7473% y 44.8164%), 1515 de 2007 (20.7473% y 44.8164%), 407 de 2006 (20.7473% y 44.8164%), 923 de 2005 (20.7473% y 44.8164%), 4158 de 2004 (20.7473% y 44.8164%), 3552 de 2003 (20.2622% y 44.3473%), 745 de 2002 (19.5994% y 43.4243%), 2737 de 2001 (19.3516% y 43.3126%), 2724 de 2000 (18.1976% y 42.1929%), 0062 de 1999 (18.1976% y 42.1929%), 0058 de 1998 (17.42% y 40.39%), 122 de 1997 (18.10% y 39.80%) , 107 de 1996 (15.40% y 38.30%) y 133 de 1995 ($199.000 y $ 496.000).

[18] Si bien en el expediente no se demostró la fecha de retiro, en el escrito de recurso de apelación de indica que el demandante se retiró del servicio activo en el año 2014, hecho que no es objeto de controversia (folio 373).

Decreto 199 de 2014 [artículo 3]	Asignación básica	3’782.064
	Gastos de representación	6’723.666
	Prima dirección	3’317.598
Norma	**Asignación mensual de general [en relación con ministro de despacho]**	
Decreto 187 de 2014 [artículo 2]	Asignación básica	$3’782.064
	Gastos de representación	$6’723.666
	Total	$10’505.730
	Sueldo básico [45%]	**$4’727.575**
	Prima de alto mando (55%]	$5’778.152
Norma	**Asignación básica mensual de cabo segundo**	
Decreto 187 de 2014 [artículo 1]	20.7473% de la asignación básica del general	**$980.845**
Norma	**Asignación básica mensual de un Subcomisario- Nivel ejecutivo**	
Decreto 187 de 2014 [artículo 1]	44.8164% de la asignación básica del general	**$1.581.523**

Así mismo, a pesar de que el demandante al homologarse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no devengaba las primas de actividad, antigüedad, bonificación por buena conducta y subsidio familiar propias de los suboficiales de la institución, lo cierto es que devengó en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional las primas de nivel ejecutivo, la de retorno a la experiencia y un subsidio familiar que permite la inclusión de padres y hermanos como beneficiarios que incrementaron notablemente sus ingresos.

Ahora bien, si observamos en conjunto los salarios y factores devengados por un cabo segundo (suboficial) y un subcomisario (nivel ejecutivo) con vigencia

2014,[19] tampoco se desmejoró al demandante, como se observa a continuación:

Concepto	**Nivel Ejecutivo** **Decreto 1091 de 1995**	**Total**	**Concepto**	**Suboficial** **Decreto 1212 de 1990**	**Total**
Asignación básica	Decreto 187 de 2014, tiene la siguiente proporción: subcomisario 44.8164% en relación con la asignación básica del grado de general.	$2.118.730	Asignación básica	Decreto 187 de 2014, tiene la siguiente proporción: cabo segundo 20.7473% en relación con la asignación básica del grado de general.	$980.845
Subsidio Familiar	art 15 y ss. Para el año 2014 el Decreto 187 de 2014 artículo 27 lo fijó en $24,750 y según las pruebas de la demanda el demandante tenía a cargo la esposa e hija	$49.500	Subsidio Familiar	art. 82 Según las pruebas para el demandante sería el 35% del sueldo básico	$343.296
Prima de Servicio	art. 4 (15 días de la asignación básica, prima de retorno y subsidio de alimentación)	$97.213	Prima de servicio	art. 69 (50% de: la asignación básica, subsidio familiar, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, prima de actividad, distintivo)	$86.570
Prima de Navidad	art. 5 (Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, prima de nivel ejecutivo, subsidio de alimentación, 1/12 prima de servicio y 1/12 prima de vacaciones)	$246.277	Prima de navidad	art. 70 (100% de la asignación básica, subsidio familiar, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, prima de actividad, distintivo, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 prima de servicios)	$187.869
Prima de Vacaciones	art. 11 (15 días de: la asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, subsidio de	$101.263	Prima de Vacaciones	art. 81 (50% de la asignación básica, subsidio familiar, subsidio de alimentación, prima de	$90.177

[19] Si bien en el expediente no se demostró la fecha de retiro, en el escrito de recurso de apelación de indica que el demandante se retiró del servicio activo en el año 2014, hecho que no es objeto de controversia (folio 373).

	alimentación y 1/12 prima de servicio)			antigüedad, prima de actividad, distintivo, 1/12 de la prima de servicios)	
Subsidio de Alimentación	art. 12 Para el año 2014 el Decreto 187 de 2014 artículo 26 lo fijó en $44.876	$44.876	Subsidio de Alimentación	art. 88 Para el año 2014 el Decreto 187 de 2014 artículo 26 lo fijó en $44.876	$44.876
Prima del Nivel Ejecutivo	art. 7 (20% de la asignación básica)	$423.746	Prima de actividad	art. 68 - Para el año 2014 el Decreto 187 de 2014 artículo 30 lo fijó en 49,5% del sueldo básico	$485.518
Prima de retorno a la experiencia	art. 8 (Intendente 7% (desde 1999 hasta 2012) más 1% de subcomisario (desde 2012 hasta 2014) en total el 8% del sueldo básico)	$169.498	Prima de antigüedad	art. 71 (21% del sueldo básico - 21 años como suboficial)	$205.977
			Distintivos de buena conducta	art. 214 (5% del sueldo básico)	$17.165
TOTAL DEL PROMEDIO MENSUAL		$3.251.103	TOTAL DEL PROMEDIO MENSUAL		$2.442.293

Es decir, al realizar el análisis integral de la normativa y no factor por factor tal como lo ha señalado esta Corporación[20] se concluye que el régimen del nivel ejecutivo al que se acogió voluntariamente el demandante, es favorable a sus intereses prestacionales.

Por lo tanto, al no estar demostrada una desmejora o discriminación salarial o prestacional cuando el demandante se homologó al nivel ejecutivo, no tiene derecho a que se liquide y cancele la prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, bonificación por buena conducta y demás.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 31 de enero de 2013, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación 73001233100020110039001.

Igualmente, no puede esta Subsección, como lo pretende el demandante, tomar el salario que devengó en el nivel ejecutivo (con el cual se evidenció el mayor beneficio) y los factores que percibía como suboficial, pues esto equivaldría a crear un tercer régimen, vulnerando así el principio de inescindibilidad[21] y, se debe aplicar en su integridad la normativa que regula el nivel ejecutivo.

Así entonces, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente 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 del prioncipio de favorabilidad, en la medida que el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales.

Finalmente, no desconoce la Subsección que mediante sentencia de 17 de abril de 2013 el Consejo de Estado con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren, demandante Harbey Bucurú Celis, reconoció al personal ejecutivo homologado la aplicación del régimen de salarial y prestacional contenido en el Decreto 1213 de 1990, no obstante, la sentencia en cita tiene efectos *inter partes* y solo es un criterio orientador más no vinculante por no tener el carácter de sentencia de unificación, por lo tanto, no es susceptible de aplicarse por analogía en el presente caso.

En conclusión: Contrario a lo afirmado por el *a quo* no se acreditó que el demandante fuera desmejorado salarial ni prestacionalmente con ocasión de la homologación al nivel ejecutivo, porque el nuevo régimen del Decreto 1091 de 1995 le reportó mayores beneficios de acuerdo a lo probado dentro del plenario.

---

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de octubre de 2008, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, número interno: 3021-2004.

Por lo tanto, no tiene derecho a que se le liquiden y cancelen las primas, subsidios, prestaciones y demás bonificaciones del régimen señalado para los suboficiales de la Policía Nacional, porque ello vulneraría el principio de inescindibilidad, que prohíbe la aplicación parcial de las normas.

7.3. Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección revocará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y en su lugar se denegaran las mismas.

7.4. De la condena en costas

Esta Subsección en diversas providencias[22] tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *"subjetivo" –CCA*- a uno *"objetivo valorativo" –CPACA*-.

b) Se concluye que es *"objetivo"* porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de

[22] Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, consejero ponente William Hernández Gómez, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP,[23] previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De lo anterior se colige que la imposición de la condena en costas implica una valoración objetiva que excluye como criterio la mala fe o la temeridad de las partes.

---

23 "[…] ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:[…]"

El *a quo* en la sentencia de primera instancia condenó en costas a la demandada, decisión que será revocada, en la medida que en esta instancia prosperan los argumentos de la defensa de la entidad y en ese sentido la parte vencida en el proceso es el demandante a quién se condenará en costas en ambas instancias.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, se impone la condena en costas en ambas instancias a cargo del señor Jorge Alexander Alape Domínguez, toda vez que resulta vencido en el proceso de la referencia y la entidad demandada intervino dentro de la segunda instancia.

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

8. FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 28 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Jorge Alexander Alape Domínguez contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda.

Tercero: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Cuarto: Se reconoce personería al doctor Carlos Ariel Lozano Ariza, identificado con cédula de ciudadanía 91.499.375 expedida en Bucaramanga y tarjeta profesional 203.038 del Consejo Superior de la Judicatura, como

apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 296 del cuaderno principal.

Quinto: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Magistrado

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Magistrado

DMG/HOM