CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: **44001 23 33 000 2013 00147 01 (0542-2016)**
Demandante: **JHON JAIRO VÉLEZ DELGADO**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**

LEY 1437 DE 2011
APELACIÓN SENTENCIA
SO. 014

Decide la Sala de Subsección A el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de junio de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por el señor JHON JAIRO VÉLEZ DELGADO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La parte demandante, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicitó en el escrito de la demanda se declare la nulidad del Oficio S-2013-033329/ADSAL-GRUNO-22 de 7 de febrero de 2013, suscrito por la Jefe Área Administración Salarial de la Policía Nacional, por medio del cual se le negó al demandante el reconocimiento y pago de las primas de actividad, antigüedad, subsidio familiar, bonificación por buena conducta y demás haberes decretados

por el Decreto 1213 de 1990 y que se le dejaron de pagar a los que considera tiene derecho.

También reclamó el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales.

Solicita igualmente la actualización de la condena conforme con el artículo 188 del CPACA.

1.2. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA

El demandante relató que ingresó a la POLICÍA NACIONAL como alumno de incorporación directa siendo dado de alta como agente mediante Resolución nro. 0122 del 10 de enero de 1992 una vez cumplió el ciclo académico.

En abril de 1995, fue homologado al nivel ejecutivo en el grado de patrullero. Actualmente se encuentra activo y al momento de presentación de la demanda su unidad es el Comando del Departamento de Policía Guajira, con sede en Rioacha.

Seguidamente indicó que el 30 de enero de 2013, solicitó ante la DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL el reconocimiento y pago de primas, subsidios, bonificaciones y auxilio de cesantías de acuerdo a lo indicado en el Decreto 1213 de 1990, y que le fue dejado de pagar al momento de la homologación al nivel ejecutivo.

A través del oficio demandado, le fue negada la petición, agotando la vía gubernativa.

1.3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN

- De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 83,84, 121 y 220.

- El Decreto 1212 y 1213 de 1990.
- La Ley 923 de 2004.
- Ley 734 de 2002, artículo 33.
- Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127

Fundamentó la demanda en que el acto demandado fue expedido en virtud del Decreto 4433 de 2004 desconociendo la Ley marco 923 de 2004, la cual fija los parámetros del régimen pensional de la Fuerza Pública. De igual manera citó jurisprudencia del Consejo de Estado, con el fin de que sea utilizada al caso concreto, esto es, que le sean aplicados los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Después de la homologación no se respetó la situación jurídica protegida y se omitió incluir los emolumentos ya mencionados en la remuneración del demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**[1], a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los argumentos que se resumen a continuación:

Indicó que las normas que regularon la carrera en la cual prestó sus servicios no contemplan el pago de lo pedido. En ese orden de ideas, lo solicitado ante la administración a través de petición, como las pretensiones del medio de control, no tienen soporte legal, por lo tanto, el acto administrativo atacado no adolece de nulidad.

Dijo que los agentes del servicio activo de la Policía Nacional que ingresaron al nivel ejecutivo, tuvieron una mejoría en sus condiciones laborales respetando las condiciones mínimas establecidas en la Ley 180 de 1995. En ese orden se le

[1] Folios 70 a 92 del expediente.

pagan otros emolumentos que no tenía como agente, como la prima de retorno a la experiencia y prima del nivel ejecutivo. Luego el régimen del nivel ejecutivo cuenta con mejores condiciones laborales que el régimen de los suboficiales y agentes y no puede pretender beneficiarse de fragmentos positivos de uno y otro régimen sino que tiene que acogerse en su integralidad al régimen del nivel ejecutivo conforme lo establece el principio de inescindibilidad.

Citó jurisprudencia que respalda la anterior argumentación.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA OBJETO DE APELACIÓN [2]

En providencia de 28 de julio de 2015, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA profirió sentencia de primera instancia, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Luego de realizar un análisis legal, jurisprudencial y comparativo con el caso concreto del demandante, el *a quo* consideró que es posible acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el demandante ha recibido 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, sin que resulte un argumento admisible que medió su consentimiento para pasarse al nivel ejecutivo, puesto que el acceso a ello se hizo bajo el convencimiento de que la entidad demandada respetaría los preceptos legales que orientaban la transición cual era el respeto de las condiciones laborales que se ostentaban al momento del cambio.

Teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada por el demandante ante la institución el día 30 de enero de 2013 (folios 5-6) los valores causados con antelación al 30 de enero de 2009 se declararon prescritos. Por ello a título de restablecimiento del derecho se ordenó a la entidad accionada cancelar al

[2] Folios 149 a 164 del expediente.

accionante lo dejado de percibir por los conceptos demandados, debidamente indexados, a partir del 30 de enero de 2009 y hasta la fecha de retiro, es decir, hasta el 15 de octubre de 2013.

Se negaron los perjuicios morales toda vez que en el expediente no se encontraron pruebas que los demostraran.

Se condenó en costas a la parte demandada.

1.6 RECURSO DE APELACIÓN[3]

En el escrito de apelación presentado en tiempo en contra del fallo anteriormente descrito, la parte demandada indicó no estar de acuerdo con la decisión de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que en el fallo recurrido desconoce el principio de inescindibilidad de la ley.

En efecto, el demandante tomó la decisión de ingresar a un nuevo régimen de carrera que tiene globalmente condiciones laborales más favorables que las que tenía en el régimen del Decreto 1213 de 1990 (Régimen de agentes), en consecuencia, se le debe aplicar en su integralidad el nuevo régimen del Decreto-Ley 1091 de 1995 y del Decreto 4433 de 2004, y no pretender beneficiarse de lo favorable de este régimen y además de lo favorable del anterior régimen porque tal fragmentación viola claramente el principio de inescindibilidad.

Sustentó la precedente argumentación con comparaciones de los dos regímenes.

Igualmente, propuso la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puesto que a la luz de lo contemplado en el artículo

[3] Folios 167 a 206 del expediente.

136 de del Decreto 01 de 1984 (norma vigente para la época) el hoy demandante contaba con 4 meses contados a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto de homologación, es decir de la Resolución 004102 del 18 de abril de 1995, por lo que el *a quo* previo a realizar cualquier estudio de fondo debió analizar el presente elemento como quiera que para la procedencia de la acción se debió efectuar un análisis de este tópico axiológico para la prosperidad de las pretensiones del demandante, además que es un deber del Juez Administrativo efectuar un estudio sobre la caducidad. En consecuencia, dijo que el *a quo* debió haber emitido un fallo inhibitorio o en el mejor de los casos declarar probada las excepciones de inepta demanda y caducidad de la acción.

1.7. TRÁMITE CORRESPONDIENTE A LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante autos calendados el tres (3) de agosto de 2016 y el 25 de octubre de 2016[4], el despacho sustanciador (i) admitió el recurso de apelación, y (ii) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, respectivamente.

La entidad demandada, **POLICÍA NACIONAL**[5] allegó escrito de alegatos de conclusión en los que expuso argumentos similares a los expuestos en la apelación.

De igual manera, el apoderado del demandante [6] solicitó que se confirme la decisión. Como sustento reiteró lo ya mencionado en el escrito de la demanda y realizó un análisis fáctico similar al del líbelo introductor.

El agente del Ministerio Público, a pesar de haber sido notificado en debida forma, guardó silencio en esta etapa procesal, de acuerdo al informe secretarial visible a

---

[4] Folios 230 y 236 respectivamente.

[5] Folios 247 a 252.

[6] Folios 253 a 268.

folio 269 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión previa:

Como se observa en los antecedentes, en la apelación la parte accionada alega que en el presente caso el *a quo* debió haber emitido un fallo inhibitorio o en el mejor de los casos declarar probada las excepciones de inepta demanda y caducidad de la acción, porque a su parecer el acto que se debió demandar fue la Resolución 004102 del 18 de abril de 1995 que produjo la homologación del demandante al nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

La Sala constata que en la contestación de la demanda no fueron alegadas las referidas inconformidades. Igualmente, se vislumbra que no reposa en el expediente copia de la citada resolución, (solo aparece mencionada en el extracto de hoja de vida) por lo que se imposibilita a la Sala examinar tal acto administrativo.

En la audiencia inicial realizada el 12 de junio de 2014 (Ver CD del folio 114), no se evidenció que se hubiera analizado la caducidad.

Sin embargo esta colegiatura al analizar el contenido del acto administrativo censurado (visible a folios 3-4) el Oficio S-2013-033329/ADSAL-GRUNO-22 de 7 de febrero de 2013, suscrito por la Jefe Área Administración Salarial de la Policía Nacional, se evidencia que este acto fue el que produjo tangible y categóricamente la negación del reconocimiento y pago de las primas de actividad, antigüedad, subsidio familiar, bonificación por buena conducta y demás haberes decretados por el Decreto 1213 de 1990 que solicitó el demandante.

En consecuencia, la Sala considera que no se debe declarar inhibida para fallar

sobre el fondo del asunto ni tampoco se debe declarar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho porque no fue propuesta en la oportunidad procesal para ello (en la contestación de la demanda) y porque se evidencian todos los presupuestos para emitir un fallo que resuelva de manera definitiva el asunto sometido a esta jurisdicción, en aras, además, de privilegiar el principio de acceso a la administración de justicia.

2.1. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el caso *sub judice*, se contrae a determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las primas, subsidios, bonificaciones y demás prestaciones pretendidas de conformidad con el Decreto 1213 de 1990, pese a haberse homologado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde el 18 de abril de 1994.

A fin de resolver este problema jurídico, la Sala de Decisión estudiará el marco legal aplicable al caso concreto y la interpretación jurisprudencial que esta Corporación ha hecho del mismo.

2.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

Los artículos 216 y 217 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA establecen que La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares [EJÉRCITO NACIONAL, FUERZA AÉREA COLOMBIANA y ARMADA NACIONAL] y la POLICÍA NACIONAL.

Por su parte, el artículo 218 superior, señaló que la ley organizará el cuerpo de Policía, y determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Por medio del Decreto 1212 de 1990[7], el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 66 de 1989, reformó el Estatuto del

[7] Por el cual se reforma el Estatuto del personal y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL.

personal de oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL, y dispuso que (i) "[l]a Policía Nacional es una institución pública de carácter permanente y naturaleza oficial constituida con régimen y disciplina especiales, que depende del Ministro de Defensa Nacional y hace parte de la Fuerza Pública en los términos de los artículos 167 y 168 de la Constitución Política"[8], y (ii) esta sería la norma que regularía "la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales" [9].

Con soporte en lo anterior, el legislador expidió la Ley 4 de 1992[10], y en sus artículos 1, literal d); 2 literal a), y 10°, dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos señalados en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros de los Miembros de la Fuerza Pública.

Posteriormente, mediante la Ley 62 de 1993[11] se expidieron algunas normas sobre el sector defensa y, entre otras, se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República; en dicho cuerpo normativo dispuso, en sus artículos 6 y 35, lo siguiente:

> **"Artículo 6. Personal Policial.** La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.
>
> **Artículo 35. Facultades extraordinarias.** De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

---

[8] Artículo 1.

[9] Artículo 2.

[10] Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

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

> 1. Modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional [...]"

Con fundamento en este artículo, fueron expedidos los Decretos 41 de 1994, "por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones", y el 262 de esa misma anualidad, "por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones".

Sobre el particular, es pertinente resaltar que, mediante la sentencia C-417 de 1994, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró inexequibles las expresiones "nivel ejecutivo", "personal del nivel ejecutivo" y "miembro del nivel ejecutivo" contenidos en el precitado Decreto 41 de 1994, en la medida que la Ley 62 de 1993 no hizo referencia a dicho nivel, por lo que se evidenció un exceso en las facultades otorgadas al Ejecutivo.

Con posterioridad, el artículo 1 de la Ley 180 de 1995[12], modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, de la siguiente manera:

> **"Artículo 6.** 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."

Adicionalmente, la norma en comento, en el artículo 7, le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República con el objeto de regular, aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del Nivel Ejecutivo, disponiendo en el parágrafo que "[l]a creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar

---

[12] 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, Suboficiales y Agentes.

ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la POLICÍA NACIONAL ingresen al Nivel Ejecutivo".

Con fundamento en las mencionadas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 de 1995, "por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL". En lo que interesa al caso de marras, estableció:

> **"Artículo 13. Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo**. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:
>
> [...]
>
> **Parágrafo 1°**. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.
>
> **Parágrafo 2°**. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.
>
> [...]
>
> **ARTÍCULO 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo**. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.
>
> [...]
>
> **ARTÍCULO 82. Ingreso al Nivel Ejecutivo**. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional. [...]"

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992, mediante Decreto 1091 de 1995[13], expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la POLICÍA NACIONAL, estableciendo los siguientes factores: remuneración

[13] 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.

mensual por fuera del país (artículo 3), primas de servicio (artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12) y familiar (artículo 15).

Posteriormente, a través del Decreto 1791 de 2000, "por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Subsidios y Agentes de la POLICÍA NACIONAL", con relación a los Agentes de la POLICÍA NACIONAL que ingresan al Nivel Ejecutivo, se indicó:

> **"ARTICULO 9°. Ingreso de Suboficiales al Nivel Ejecutivo.** Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias: 1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente; 2. Sargento Segundo, al grado de Intendente; 3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe; 4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario; 5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.
>
> **PARAGRAFO**. El ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.
>
> **ARTÍCULO 10. Ingreso de Agentes al Nivel Ejecutivo**. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.
>
> **PARAGRAFO**. 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."

La CORTE CONSTITUCIONAL, mediante sentencia C-691 de 2003, declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 10 del citado decreto, de cuyo análisis se infiere lo siguiente: (i) el traslado de agentes y suboficiales al nivel ejecutivo fue voluntario; (ii) la sujeción al régimen especial con el cambio de nivel era válido; y (iii) la Ley 180 de 1995 y demás normas concordantes impedían el

desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían vinculados a la Policía Nacional y que optaron por el traslado al nivel ejecutivo.

Ahora bien, el CONSEJO DE ESTADO en sentencia de 14 de febrero de 2007, expediente núm. 2004–0109–01 (1240–2004)[14], al efectuar un análisis del marco normativo reseñado, indicó que:

> "[...] Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido[15] sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo."

En la referida providencia 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, por considerar que esta materia no podía ser reglada por el Presidente, sino que le correspondía al legislador a través de una ley marco.

Posteriormente, en sentencia de 12 de abril de 2012, expediente núm. 2007-00049-00 (1074-2007), esta Corporación se pronunció con relación a la legalidad del parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, y resolvió declarar su nulidad.

En esa oportunidad expresó la Sala de Decisión lo siguiente:

> "El Decreto 4433 de 2004 debía someterse a las reglas establecidas en la Ley 923 de 2004.

---

[14] Radicado 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1204-2004). Actor: FERNEY ENRIQUE CAMACHO GONZÁLEZ, Demandado: Gobierno Nacional.

[15] Los derechos se adquieren en tanto se reúnan los dos (2) elementos que exige el artículo 58 de la Constitución Política, como son: el objetivo y el subjetivo.

I.Con la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Ley 2070 de 2003, la asignación de retiro aplicable para quienes se incorporaron en el Nivel Ejecutivo, es la prevista en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

II.Al analizar los anteriores Decretos, evidenció que la disposición demandada no es consecuente con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, y tampoco contiene un régimen de transición."

De acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia que se analiza, se puede afirmar que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del Nivel Ejecutivo y que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.

2.3. LO PROBADO EN EL PROCESO

De conformidad con el marco normativo expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Oficio S-2013-033329/ADSAL-GRUNO-22 de 7 de febrero de 2013, suscrito por la Jefe Área Administración Salarial de la Policía Nacional, por medio del cual se le negó al demandante el reconocimiento y pago de las primas de actividad, antigüedad, subsidio familiar, bonificación por buena conducta y demás haberes decretados por el Decreto 1213 de 1990.

- Extracto de hoja de vida del demandante Jhon Jairo Vélez Delgado expedido el día 20 de diciembre de 2011 (folios 8-10).

2.4. CASO CONCRETO

Considera el recurrente que el pronunciamiento efectuado por el *a quo* contraría la ley y la jurisprudencia, toda vez que no valoró que la aplicación del régimen

previsto para el personal del Nivel Ejecutivo analizado en su integralidad supera las condiciones salariales y prestacionales respecto del contenido en el Decreto 1213 de 1990.

En el presente caso, está acreditado que JHON JAIRO VÉLEZ DELGADO ingresó a la POLICÍA NACIONAL como agente alumno a partir del 12 de agosto 1991 y que laboró hasta el 31 de enero de 1992; luego trabajó como agente desde el 1º de febrero de 1992 al 30 de abril de 1995; fue homologado al Nivel Ejecutivo mediante Resolución núm. 004102 de 18 de abril de 1995, tomando posesión el 1 de mayo de 1995 retirándose del servicio activo el 20 de diciembre de 2011; todo ello para un total de 20 años 4 meses y 7 días.

De igual manera, según el acto acusado, al actor como agente y suboficial le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990; y durante el tiempo en que laboró en el nivel ejecutivo, su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995.

Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, de la normatividad que se analizó y de la jurisprudencia tanto de la CORTE CONSTITUCIONAL como del CONSEJO DE ESTADO, se infiere que, mientras el demandante permaneció vinculado a la POLICÍA NACIONAL y una vez optó por la homologación al Nivel Ejecutivo, estaba amparado por la prohibición de ser discriminado o desmejorado en sus condiciones salariales y prestacionales, tal y como lo prevé la Carta Política, la Ley 4 de 1992 y las normas que desarrollaron el Nivel Ejecutivo en la POLICÍA NACIONAL.

En el *sub judice* no es posible hacer una interpretación prestación por prestación o emolumentos por emolumentos, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (CONGRESO DE LA REPÚBLICA) y, eventualmente, llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales y suboficiales [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995].

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

En sentencia de 9 de octubre de 2008, la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO[16], 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, la ganancia de otros.

Significa que, 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 de favorabilidad, ya que examinado de manera integral, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales.

En efecto, quienes se acogieron al Nivel Ejecutivo vieron aumentados sus salarios y prestaciones, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. Sobre el cambio de régimen, la sentencia C–313 de 2003 proferida por la CORTE CONSTITUCIONAL, indicó lo siguiente:

---

[16] Radicado 25000-23-25-000-2000-06793-01. Actor: ÁLVARO TORRES ALVEAR, Demandando: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

> "[...] **Es decir, que quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez** a la carrera docente [...] **En la medida en que esa asimilación es voluntaria**, si dadas estas condiciones ella no resulta atractiva para sus intereses, el docente podrá optar por mantenerse en el antiguo régimen en el que le son reconocidos dicho tiempo de servicio y experiencia." (Resaltado fuera de texto)

Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el *sub examine*, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 18 de abril de 1995, y estuvo vinculado hasta el 20 de diciembre de 2011, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que hasta el 30 de enero de 2013[17] presentó petición para que le fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990].

Ahora bien, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de agente que ostentaba, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado tenía.

A título ilustrativo se hará un cuadro comparativo de los emolumentos reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como agente de la POLICÍA NACIONAL, y luego, al homologarse en el Nivel Ejecutivo de la misma institución:

Decreto 1213 de 1990 AGENTES	**Decreto 1091 de 1995 NIVEL EJECUTIVO**
Artículo 31.- PRIMA DE SERVICIO ANUAL. Los Agentes de la Policía en servicio activo tendrán derecho al pago	**Artículo 4.- PRIMA DE SERVICIO.** El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo,

[17] Folios 5 y 6 del expediente.

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.	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.
Artículo 32.- PRIMA DE NAVIDAD. Los Agentes 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.	**Artículo 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 un mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) de 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 artículo 13 de este decreto.
Artículo 33.- PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Los Agentes 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.	**Artículo 8.- PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA.** 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 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).
Artículo 42.- PRIMA DE VACACIONES. Los Agentes 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	**Artículo 11.- PRIMA DE VACACIONES.** 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

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 1° de febrero de 1975 y solamente por un periodo dentro de cada año fiscal.	(15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.
Artículo 43.- RECOMPENSA QUINQUENAL. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que completen períodos quinquenales continuos de servicio y observen buena conducta durante los mismos, tendrán derecho a una recompensa por cada cinco (5) años de servicio, equivalente a la totalidad de los haberes en actividad, devengados en el último mes en que cumplan el quinquenio.	
Artículo 44.- AUXILIO DE TRANSPORTE. Los Agentes de la Policía Nacional tendrán derecho a un auxilio de transporte en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno. [...]	
Artículo 45.- SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN. Los Agentes 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.	**Artículo 12.- SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN.** 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.
Artículo 46.- SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes 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	**Artículo 16.** Pago en dinero del **Subsidio familiar**. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. **Artículo 18.** Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

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%).	

Con base en la comparación anterior se evidencia que, en efecto, a raíz de la homologación en el nivel ejecutivo, el demandante dejó de percibir la recompensa quinquenal y el auxilio de transporte, de igual manera el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en conjunto de los componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

La Sección Segunda de esta Corporación en sus Subsecciones A y B ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y han concluido, en reiteradas providencias[18], que el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en conjunto o de manera integral, resulta más favorable que el que cobijaba a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable; por ende, no se puede entender que hubo vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial, como el que alega el demandante. Así se discurrió en una de tantas sentencias:

[18] Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).

Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.
Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala[19] ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

> *"El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales".*[20]

Adicionalmente, en aplicación del principio de inescindibilidad o conglobamiento, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen para crear un tercer régimen, puesto que la norma favorable se debe aplicar en su integridad, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conllevaba la aceptación y sometimiento a las normas más beneficiosas que fijaban los salarios y prestaciones sociales para el demandante.

En consecuencia, el acto administrativo enjuiciado no está inmerso en la causal de

---

[19] Esta cita hace parte del texto trascrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.
[20] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

nulidad alegada por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del Nivel Ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL que se le han aplicado desde su ingreso al mismo, por tanto, se deberá REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar se procederá a NEGAR las pretensiones de la demanda.

III. CONDENA EN COSTAS

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende tanto los denominados gastos del proceso, como los honorarios de abogado o agencias del derecho[21], los llamados en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO gastos ordinarios del proceso[22] y también otros como los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, y transporte de expediente al superior en caso de apelación. En cuanto a la condena en costas en vigencia del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO esta Corporación ya ha analizado el tema con detenimiento. [23]

Atendiendo esa orientación, teniendo en cuenta la actuación surtida por las partes dentro del trámite de la segunda instancia, considera esta Sala que se debe dar cumplimiento al numeral 4° del artículo 365 del CGP, es decir, condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante, toda vez que resultó vencida en el proceso y la contraparte intervino en los momentos procesales correspondientes.

---

[21] Artículo 361 del CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

[22] Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibídem*.

[23] Sobre el particular: CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Sentencias de 3 de marzo de 2016. Número interno 1753-2014; y de 7 de abril de 2016. Número interno 1291-2014.

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,

IV. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 28 de julio de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **Jhon Jairo Vélez Delgado** contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y, en su lugar, **NEGAR las pretensiones de la demanda** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante, de conformidad con las consideraciones expresadas, según lo previsto en el numeral 4° del artículo 365 del CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA las liquidará de acuerdo a la norma aplicable.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Proceso recibido en secretaria

Hoy 14/01/2019