

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2017.



Expediente:

5400123330002015004

10 01

Número interno: 0602-2017

Demandante: Pedro Miguel Mendoza Álvarez.

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

Tema: Establecer si es procedente aplicar el régimen prestacional de los Agentes de la Policía Nacional a quienes se han trasladado al Nivel Ejecutivo, pese a que este último contempló un régimen prestacional diverso.

Ha venido el proceso de la referencia con informe secretarial de la Sección Segunda del 29 de septiembre de 2017¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de noviembre del 2016 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones².

Pedro Miguel Mendoza Álvarez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad del Oficio S-014-103219 / ADSAL-

¹ Folio 178.

² Folios 3 y 4.

GRULI 1.10 del 30 de marzo del 2014, proferido por la Jefe de Administración Salarial de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, que le negó la liquidación y pago de las primas, bonificaciones y subsidios que se le venían cancelando antes de homologarse al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, conforme al Decreto 1212 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó: i) Condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle los factores salariales respecto a los porcentajes de las primas y subsidios que se le venían cancelando de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990 y que le corresponden por concepto de prima de actividad, prima de antigüedad, prima especialista, subsidio familiar y distintivo por buena conducta teniendo como base el grado y salario básico de un Suboficial de la Policía Nacional a partir del 31 de mayo de 1994, con sus respectivos reajustes anuales, aplicándolo en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden; ii) que se modifique su hoja de servicios, teniendo en cuenta el sueldo básico devengado y los factores tanto salariales como prestacionales con el fin de que se reconozcan, reajuste y paguen todas las primas, sueldos y prestaciones que corresponden conforme a la ley; iii) pagar los perjuicios materiales, morales y objetivizados; iv) indexar las sumas objeto de condena de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y, v) que se fije el pago de costas y agencias en derecho.

1.2. Hechos³.

La Sala resume los hechos expuestos por la parte demandante de la siguiente manera:

Indicó que el actor, i) ingresó al servicio de la Policía Nacional por disposición de la Resolución 0-155 del 18 de marzo de 1993 desempeñándose como Agente Alumno desde el 1° de marzo de 1993 hasta el 31 de agosto de 1993; ii) por medio la Resolución 06271 del 1° de enero de 1993 inició como Agente el 1° de septiembre de 1993 hasta el 31 de mayo de 1994; iii) a través de la Resolución 3969 del 4 de mayo de 1994 se homologó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la

³ Folios 4 y 5.

Policía Nacional desde el 1° de junio de 1994 hasta el 4 de marzo del 2016; completando más de 21 años y 4 meses al servicio de aquella.

Expresó, que 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.

Precisó que a través de escrito del 19 de marzo del 2014 solicitó la liquidación y pago de los factores salariales respecto a los porcentajes de las primas y subsidios que se le venían cancelando como Suboficial de la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, la cual fue negada mediante el Oficio S-2014-103219 / ADSAL-GRUNO- 1.10 del 30 de marzo del 2014, proferido por la Jefe de Administración Salarial de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, por considerar que mientras laboró como Agente y Suboficial, se le aplicaron las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en los Decretos 1213 y 1212 de 1990, respectivamente; y, por su parte, durante el tiempo en que ha laborado en el Nivel Ejecutivo, su situación se ha regulado por el Decreto 1091 de 1995⁴.

1.3. Normas vulneradas y concepto de violación⁵.

La parte demandante citó como disposiciones vulneradas las siguientes:

Los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 29, 48, 53, 83, 84, 121 y 220 de la Constitución Política; 68, 71, 82, 124 y 140 del Decreto 1212 de 1990; 1º, 2º y 10 de la Ley 4ª de 1992; 7º de la Ley 180 de 1995; 82 del Decreto 132 de 1995; y, 1º, 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

⁴ Información tomada del acto acusado.

⁵ Folios 5 – 7.

Como concepto de violación de las normas invocadas, el demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

La entidad demandada ha desestimado sus derechos adquiridos, en la medida en que le dejaron de cancelar las primas, subsidios, bonificaciones y cesantías desde junio de 1994, concretamente, porque no le es permitido a la Administración discriminar ni desmejorar cuando ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Afirmó que 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 disposición que desmejora los factores salariales y prestacionales, pues contraría no sólo las normas constitucionales que ordenan la igualdad ante la ley, sino las Leyes 4ª de 1992 y 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.

Aseguró que 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.

Aseveró que 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 para al momento en que ingresó al Nivel Ejecutivo, no se habían expedido las nuevas regulaciones y se continuaban rigiendo las disposiciones contenidas en el Decreto 1212 de 1990.

1.4 Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – 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 argumentos⁶:

Consideró que el acto demandado fue expedido en legal forma, por autoridad competente y de acuerdo con las normas vigentes que regulan el régimen prestacional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo, esto es, en aplicación de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

Manifestó que la situación jurídica del demandante en lo que tiene que ver con el cambio de régimen y permanencia en la Policía Nacional ya es una situación consolidada, a la cual se acogió de manera voluntaria en el año de 1994, cuando se agrupó la carrera de los suboficiales y agentes de la policía en una sola, estableciendo exclusivamente dos carreras: oficiales y nivel ejecutivo.

Resaltó que al homologarse al régimen de nivel ejecutivo el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez ha recibido una serie de beneficios salariales y prestacionales, por lo cual no resulta procedente que adquiera derechos contemplados en un régimen diferente al cual ingresó a la Policía Nacional; y que si bien algunas partidas de carácter salarial fueron suprimidas al cambiar de régimen, como las reclamadas en la demanda, surgieron nuevas prebendas salariales que hicieron al personal optar por el cambio, teniendo en cuenta sus efectos patrimoniales⁷.

1.5 La sentencia apelada⁸.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 3 de noviembre de 2016, denegó las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que la calidad o grado que ostentó el actor antes de realizar la homologación es la correspondiente al Decreto 1213 de 1990; así mismo, durante el tiempo que ha estado laborando en el Nivel Ejecutivo su situación ha estado

⁶ Visible a folios 48- 54.

⁷ Decreto 1091 de 1995, mediante el cual se estableció el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo.

⁸ Folios 108- 115.

regulada por el Decreto 1091 de 1995. Fue por ello que la homologación a la que se sometió el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez le permite estar amparado por la prohibición de discriminar sus condiciones salariales o prestacionales; por tal motivo no es viable tomar factor por factor para determinar si en efecto existe un desmejoramiento, pues ello equivaldría a crear un nuevo régimen compuesto por elementos más favorables.

Adujo que con el ingreso voluntario del actor al nivel ejecutivo su asignación básica mensual aumentó en un porcentaje superior al 100% respecto de la percibida de manera previa a la homologación y por tanto los emolumentos que le fueron reconocidos por la accionada en virtud del Decreto 1091 de 1995, fueron liquidados con base en dicho valor, redundándole en un mayor beneficio.

Resaltó que las normas que regularon el régimen salarial y prestacional de la Policía Nacional, resultaron ser más beneficiosas que las anteriores, dado que 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.

1.6 El recurso de apelación⁹.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos.

En su sentir, se desconoció lo dispuesto en las Leyes 4^a de 1992 y 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. Si se tiene en cuenta que desmejorar significa perder las condiciones originales, en el presente caso, no se podrían desmeritar las condiciones prestacionales traídas desde el Decreto 1212 de 1990, tales como las primas de actividad, antigüedad y especialista, el subsidio familiar, la bonificación por buena conducta y el auxilio de cesantías.

⁹ Visible a folios 117 - 132.

Señaló que las normas que crearon y desarrollaron la carrera profesional del nivel ejecutivo en la Policía Nacional, esto es, la Ley 180 de 1995 y su Decreto 132 del mismo año, previeron y ordenaron una protección especial para quienes estando en servicio activo ingresaron a dicha carrera, a no ser desmejorados ni discriminados en ningún aspecto en su situación laboral; por tal motivo, tiene una situación jurídica protegida, y en razón a ello le asiste el derecho a beneficiarse del régimen salarial y prestacional contenido en el Decreto Ley 1212 de 1990.

Refirió que el *a quo* al resolver otra controversia de similares contornos a la *sub examine*, accedió a las pretensiones de la demanda, lo cual denota la falta de congruencia en su proceder, máxime si se tiene en cuenta que bajo dos situaciones fácticas iguales, dicha sala de decisión en aquél proceso le concedió el derecho al reconocimiento de las partidas computables previstas por el Decreto 1212 de 1990 al demandante, mientras que en el presente caso optó por lo contrario.

Aseguró que el demandante fue homologado al nivel ejecutivo en consideración a las garantías, ventajas y beneficios ofrecidos por el Gobierno Nacional, bajo el amparo de la buena fe y plena confianza en las normas que regulaban el tema; entonces, la decisión unilateral del ente público lo toma por sorpresa, ya que introduce un dañino componente de inseguridad y desconfianza, al no incluir algunas de las partidas y factores que si contemplaba el Decreto 1212 de 1990 y que a partir de la declaratoria de nulidad del Decreto 1791 de 2000 conservaron su vigencia.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a:

Determinar si es procedente aplicar al señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez 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.

Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) del marco normativo y jurisprudencial aplicable; y, ii) del caso en concreto.

i) Régimen normativo y jurisprudencial aplicable.

Atendiendo a lo sostenido en la Ley 62 de 12 de agosto de 1993¹⁰, 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 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”*¹¹, y 262 de 31 de enero de 1994¹², *“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 Nivel¹³, 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 *ibídem*, se estableció que:

¹⁰ Diario Oficial No. 40987 de 12 de agosto de 1993.

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

¹² Diario Oficial No. 41201 de 31 de enero de 1994.

¹³ 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.”*

“(…) 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 1995¹⁴ se modificó el artículo 6º de la Ley 62 de 1993¹⁵, consagrándose, por primera vez de manera ajustada al ordenamiento jurídico, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución¹⁶. 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 parágrafo 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 1995¹⁷, *“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 al referido Nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional; y, (c) en el artículo 82, lo siguiente:

¹⁴ *“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.

¹⁵ 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.”*

¹⁶ 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.”*

¹⁷ Diario Oficial No. 41676 de 13 de enero de 1995.

“(...) 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 Nacional¹⁸⁻¹⁹, contemplando, entre otros, los siguientes conceptos: primas de servicio, del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y, de navidad; y, subsidios de alimentación y familiar.

¹⁸ 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.”

¹⁹ 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.”

Más adelante, mediante el Decreto No. 1791 de 14 de septiembre de 2000²⁰, “*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. (...)”.

Dentro de este marco también resulta oportuno referir que, claramente, en dos oportunidades esta Corporación, en sede de control abstracto de legalidad, ha

²⁰ 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.

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 1091 del 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 Marco²¹. 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 demandada²².

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].

²¹ Radicado interno No. 1240-2004, actor: Ferney Enrique Camacho González.

²² Actualmente, mediante el Decreto 1858 de 2012 se reguló este régimen para el nivel ejecutivo.

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 Culturales²³, con especial cuidado del artículo 2.1.²⁴, 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**²⁵.

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 principio²⁶, 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

²³ Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en los términos del artículo 93 de la Constitución Política.

²⁴ 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.

²⁵ Al respecto ver la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

²⁶ “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].

*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 (...)*²⁷.

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; [...].”

²⁷ 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.

ii) Caso en concreto.

Referido el anterior marco normativo y jurisprudencial debe determinar la Sala si es procedente ordenar el reconocimiento incoado por el interesado, teniendo en cuenta si es dable aplicar el Decreto 1213 de 1990, en relación con el reconocimiento de las primas y los beneficios salariales y prestacionales reclamados, no sin antes precisar que si bien del demandante invoca la aplicación del Decreto 1212 de 1990, esta apreciación resulta errada como quiera que al momento de homologarse al nivel ejecutivo, ostentaba el grado de Agente de la Policía Nacional, por lo que la controversia debe analizarse a partir de si resulta viable dar aplicación al primero de los decretos referidos, conforme lo consideró el *a quo*.

Con miras a resolver el punto objeto de controversia, lo primero que se debe advertir es que está plenamente demostrado en el expediente, que el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez: (i) ingresó al servicio de la Policía Nacional como Agente el 1º de marzo de 1993; y, (ii) se homologó, voluntariamente²⁸, al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 1º de junio de 1994²⁹ fecha para la cual ostentaba el grado de Agente.

También está acreditado, porque así se consideró en el acto administrativo demandado y no fue desvirtuado, que durante el tiempo en que el demandante ha laborado al servicio de la Policía Nacional como Agente, se le aplicaron las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1213 de 1990; y, que durante el tiempo en que ha laborado en el Nivel Ejecutivo, su situación ha sido regulada por el Decreto 1091 de 1995.

Bajo los referidos presupuestos de la relación laboral del demandante en la Policía Nacional, entonces, es válido afirmar que la homologación a la que se sometió le permite estar amparado por la prohibición de discriminar o desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales, regla que deriva, se reitera, de instrumentos internacionales suscritos por el país, de la Constitución Política, de la

²⁸ Pues prueba de lo contrario no reposa dentro del expediente y dicha voluntariedad fue la que se vio reflejada en las disposiciones que crearon el nivel Ejecutivo.

²⁹ Ver extracto de la hoja de vida visible a folio 85.

Ley 4ª de 1992 y de las propias normas que crearon e implementaron el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional.

Dicho 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 las normativas en estudio [en este caso, el de los Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro].

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 mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

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 de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto el régimen salarial y prestacional, establecido en el Decreto 1091 de 1995, no fueron desmejorados sus condiciones laborales.

Destaca la Sala que mientras en el Decreto 1213 de 1990³⁰ se estableció el régimen retroactivo de cesantías [artículo 103]; en el Nivel Ejecutivo [Decreto 1091 de 1995], está el régimen anualizado, determinando que a la fecha del traslado se reconocería el beneficio causado hasta ese momento al interesado, si se acreditaban los requisitos para ello [artículo 50 y transitorio].

También cabe precisar que en materia de subsidio familiar el régimen del nivel Ejecutivo consagró unas nuevas condiciones que posiblemente no la favorecieron, pero que, por otros aspectos es más benéfico, pues permite la inclusión de los hermanos y padres como beneficiarios del mismo.

³⁰ “(...) *Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional. (...)*”.

En relación con el régimen de cesantías, tampoco se puede acceder a lo reclamado por la parte demandante, so pena de desconocer el principio de inescindibilidad de la ley.

Así las cosas, se establece que el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez se benefició al cambiar del rango de Agente al del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en materia salarial, pues, en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el Legislador y, por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el citado señor reclama, precisamente porque corresponden es al régimen de Agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del Nivel Ejecutivo al cual ingresó de forma voluntaria desde junio de 1994.

En consecuencia, el acto administrativo demandado no está inmerso en ninguna de las causales de nulidad alegadas 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 la ha aplicado desde su ingreso al mismo, razón por la que la Sala confirmará la Sentencia del *a quo* que negó las súplicas de la demanda.

Finalmente, la Sala reconocerá personería a la abogada Geisel Rodgers Pomares para actuar dentro del presente proceso como apoderada de la parte demandada conforme al memorial poder, obrante a folio 169 del plenario.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 3 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Pedro Miguel Mendoza Álvarez

en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional– Policía Nacional, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Reconocer a la abogada Geisel Rodgers Pomares, para actuar dentro del presente proceso como apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional en los términos del memorial poder obrante a folio 169 del plenario.

TERCERO: Por secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER