



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

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 68001 23 33 000 2013 00049 01 (3358-14)

Actor: HENRY ALBERTO SANTAMARÍA FORERO

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
– POLICÍA NACIONAL – CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE
LA POLICÍA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo Oral de Santander, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

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, el señor Henry Alberto Santamaría Forero, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de la hoja de servicios número 79253822 del 11 de noviembre de 2008, comoquiera que al momento de su elaboración no se tuvieron en cuenta las partidas laborales a las que tenía derecho, con base en el sueldo que devengaba antes de producirse la homologación; y del oficio S-2012-187525 del 10 de julio de 2012, mediante el cual se dio respuesta desfavorable a la reclamación de las partidas solicitadas.

Para efecto de que se acceda a la pretensión anterior, solicita aplicar las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad frente a los artículos 49 del Decreto 1091 de 1995; 23, numeral 23.2 y párrafo 2 y 25 del Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condene a la entidad demandada a modificar la hoja de servicios con el sueldo básico

devengado al momento en que se produjo la homologación a la carrera del nivel ejecutivo, con los factores salariales establecidos en el Decreto 1212 de 1990 y los prestacionales previstos en el artículo 23 numerales 2.1 y 2.4 del Decreto 4433 de 2004 o, subsidiariamente, las bases de liquidación consagradas en el artículo 100 del Decreto 1212 de 1990; y que la condena sea actualizada con base en lo dispuesto en el artículo 187, inciso 4, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En todo caso, solicitó que, en forma subsidiaria, se modifique la hoja de servicios con base en el sueldo que devengó al momento del retiro y los factores salariales establecidos en el Decreto 1212 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen, se paguen o compensen los valores dejados de percibir por concepto de primas, subsidios, bonificaciones y demás emolumentos que correspondan a la categoría de suboficial, que se actualice la condena y se determine que tiene un derecho cierto e indiscutible a que sea modificada su hoja de servicios, con los derechos laborales derivados de los artículos 23, numeral 23.1 y 24 del Decreto 4433 de 2004.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

El accionante fue dado de alta como agente de la Policía Nacional en virtud de la Resolución 0066463 del 12 de diciembre de 1983 y ascendió al grado de suboficial según Resolución 5201 del 1 de agosto de 1986; en tal condición, sus derechos prestacionales eran liquidados con base en lo dispuesto en el Decreto 1213 de 1990.

Se le reconoció subsidio familiar mediante Resolución 6062 del 1 de

septiembre de 1989; fue incrementado en virtud de las Resoluciones 6062 del 1 de septiembre de 1989 y 10310 del 27 de noviembre de 1992, a causa del nacimiento de su primer y segundo hijo, respectivamente.

A través de la Resolución 08838 del 24 de agosto de 1994 ingresó por homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de intendente y, posteriormente, fue ascendido al de comisario, cargo que ostentaba al momento en que se elaboró la hoja de servicios.

Desde cuando se produjo la homologación dejaron de reconocerse los derechos salariales y previsionales previstos en el Decreto 1212 de 1990, pese a que las normas que crearon el nivel ejecutivo, establecieron una protección especial para quienes, estando en servicio activo, decidieran acogerse a la profesionalización propuesta; por lo tanto, tiene derecho a que su hoja de servicios sea modificada y sus prestaciones laborales se reconozcan con base en las normas que se dicen vulneradas.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 2, 4, 13, 29, 53, 83, 84 y 220 de la Constitución Política; 2 y 10 de la Ley 4.^a de 1992; 7, párrafo único de la Ley 180 de 1995; 82 del Decreto 132 de 1995; 33 numerales 9 y 10 de la Ley 734 de 2002; 2 de la Ley 923 de 2004 y 59 del Código Contencioso Administrativo (sic).

Al desarrollar el concepto de violación, el demandante adujo que la autoridad administrativa desconoció los mandatos expresos del legislador, según los cuales, quienes decidieran acogerse al nivel ejecutivo no podían ser desmejorados ni discriminados en ningún aspecto, comoquiera que se ha dado

un trato desigual a quienes optaron por esa homologación, pues, a partir de ella, empezaron a aplicar una norma que desmejoró las partidas computables para la asignación de retiro. Asimismo, el reconocimiento y pago del subsidio familiar se vio afectado desde la homologación.

Con los actos demandados se vulneraron los principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, además, se incurrió en la prohibición de exigir requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho previamente reglamentado y, en todo caso, someter a los empleados que se homologaron a un régimen que los desmejora, contraviene lo previsto en el artículo 84 constitucional.

También fue quebrantado el artículo 53 de la Constitución Política que consagra la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las leyes laborales y la aplicación de la situación más favorable al trabajador, pues, es evidente que las partidas computables destinadas al reconocimiento de la asignación de retiro que lo cobijaban antes de que se produjo su ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, eran más benéficas que las que se establecieron para quienes hacen parte del nivel ejecutivo.

Al reconocer una asignación de retiro con unas partidas de liquidación y unos porcentajes desmejorados, se atenta contra los derechos laborales garantizados por el Estado de Derecho, entre ellos, el de recibir el pago de las prestaciones sociales de conformidad con la ley, máxime cuando la norma que estableció la posibilidad de traslado de los agentes y suboficiales al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, determinó que se garantizaban las prerrogativas que los cobijaban en forma previa a esa homologación.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Ministerio de Defensa – Policía Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda¹.

Como sustento de su desacuerdo manifestó que los actos acusados están amparados por la presunción de legalidad y ella no fue desvirtuada en el proceso, comoquiera que no se allegaron pruebas que demostraran el dicho del demandante.

Aseguró que al momento en que el actor ingresó al nivel ejecutivo de la Institución quedó sometido al régimen salarial y prestacional consagrado para ese nivel; además, precisó que la controversia se basa en la voluntad que movió al demandante para ingresar al nivel ejecutivo, puesto que ello determinó su sometimiento a tales disposiciones.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 29 de mayo de 2014², denegó las pretensiones de la demanda.

Señaló que con ocasión de la creación del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se profirió el Decreto 1091 de 1995, en el cual se fijaron los requisitos que debía cumplir ese personal para acceder a la asignación de retiro y, posteriormente, mediante el Decreto 4433 de 2004, se establecieron los factores a tener en cuenta para liquidar tal prestación.

¹ Mediante memorial visible en los folios 114 a 119.

² Folios 229 a 235.

Precisó que al momento en que se produjo la homologación, se determinó que quienes se acogieran voluntariamente a ella, quedarían sometidos al régimen salarial y prestacional previsto para los miembros del nivel ejecutivo.

Aseguró que como el demandante se acogió voluntariamente a tal régimen y como el cambio de régimen salarial y prestacional implicó un aumento ostensible en la asignación básica, ello impide considerar que la liquidación de la asignación de retiro, con base en el régimen que lo gobernaba al momento en que se produjo el retiro, sea violatoria de sus derechos fundamentales.

1.4. El recurso de apelación

El demandante, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación³ en contra de la sentencia previamente referenciada, pues consideró que en la demanda no se pretende la aplicación del régimen pensional más beneficioso ni de los factores salariales que más le convengan, sino de la aplicación del régimen salarial que corresponde producto de la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 y el párrafo segundo del Decreto 4433 de 2004, esto es, los Decretos 1212 de 1990 para suboficiales y 1213 para agentes de la Policía Nacional, que eran las normas que regían sus derechos y prerrogativas laborales desde el inicio de su labor al servicio de la Institución.

Enfatizó que no pretende la aplicación de lo más favorable de dos regímenes pensionales, sino la aplicación del régimen que le correspondía por haberse homologado al nivel ejecutivo antes del 1 de enero de 2004, esto es, el Decreto 1213 de 1990.

³ Folios 240 a 263.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El demandante

El señor Henry Alberto Santamaría Forero, actuando por conducto de apoderado, recorrió el término para alegar⁴ y dentro de su exposición insistió en que pretende que se reliquide su asignación de retiro con base en el régimen aplicable al momento en que se produjo su homologación en el nivel ejecutivo, que es más beneficioso y que aplica por virtud de la anulación del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, el cual se solicita aplicar en su integridad, y no una parte de él, en garantía del principio de inescindibilidad de la norma.

1.5.2. La Policía Nacional

La entidad demandada, por conducto de apoderado, recorrió el término para alegar⁵ y, reiteró el argumento según el cual el traslado del demandante al nivel ejecutivo fue voluntario y, por ende, se sometió al régimen salarial y prestacional destinado para este personal, con fundamento en el cual se han liquidado los emolumentos reclamados y, por tanto, no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁶.

La Sala decide, previas las siguientes

⁴ Folios 288 a 308.

⁵ Folios 322 a 332.

⁶ Folio 333.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro con base en la normatividad que lo regían antes de producirse la homologación al nivel ejecutivo y, si tiene derecho al reconocimiento o compensación de las primas, subsidios, bonificaciones y prestaciones que le dejaron de reconocer con ocasión de esa homologación.

2.2. Marco normativo

A través de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, el legislador reformó el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y el de agentes de esa institución, respectivamente; en ellos contempló todo lo relativo a las asignaciones, primas, subsidios, pasajes, viáticos y demás emolumentos a que tenían derecho.

No obstante, con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, en su artículo 218 se estableció que el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de la Policía Nacional sería determinado por la ley; fue así como el legislador expidió la Ley 4.^a de 1992, mediante la cual estableció las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de la Fuerza Pública.

Ahora bien, a través del artículo 35 de la Ley 62 de 1993⁷, el legislador revistió

⁷ 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

de facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, entre otras; en ejercicio de tales facultades, se profirió el Decreto Ley 041 de 1994⁸, por el cual se creó el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que en sus artículos 18 y 19 facultó a los suboficiales y agentes activos, respectivamente, para ingresar a la escala jerárquica del nivel ejecutivo, efecto para el cual impuso como requisito que el miembro de la institución que optara por ingresar a ella, debía realizar solicitud en tal sentido.

Sin embargo, la creación y reglamentación del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en la norma citada fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-417 de 1994, pues se consideró que el presidente de la República excedió las facultades extraordinarias conferidas por el legislador.

Así las cosas, en 1995 el legislador profirió la Ley 180⁹ mediante la cual revistió, nuevamente, al presidente de la República de facultades extraordinarias para desarrollar la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, en el párrafo de su artículo 7 determinó que, para ese efecto, no se podía «discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

⁸ Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

⁹ 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.

Ejecutivo».

Con fundamento en lo anterior, el presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, por el cual desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y en sus artículos 12 y 13 habilitó a los suboficiales y agentes activos de la Institución, respectivamente, para ingresar a la escala del nivel ejecutivo «siempre que lo soliciten»; para ese efecto, fijó las equivalencias de grados en los que se produciría el ingreso, así como los demás requisitos necesarios para ello y para el ascenso dentro de ese nivel.

En el artículo 15 del mentado decreto también se estableció que el personal que ingresara al nivel ejecutivo de la Policía Nacional «se someter[í]a al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional»; sin embargo, el artículo 82 *ibidem* determinó que el ingreso a ese nivel no podría «discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional».

El régimen de asignaciones y prestaciones sociales de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se estableció mediante el Decreto 1091 de 1995 y en él se contemplaron las siguientes: asignación mensual, prima de servicio, prima de navidad, prima de carabinero, prima de nivel ejecutivo, prima de retorno a la experiencia, prima de alojamiento en el exterior, prima de instalación, prima de vacaciones y subsidio de alimentación.

Más adelante, el presidente de la República profirió el Decreto 1791 de 2000 «Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional» y en él estableció las condiciones de ingreso de los suboficiales y agentes activos al nivel ejecutivo.

Al estudiar la constitucionalidad de algunos artículos del decreto en cita, la Corte Constitucional en sentencia C-691 de 2003¹⁰ concluyó que la creación de la nueva estructura jerárquica así como el establecimiento de un régimen propio sobre asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales para este, no comportaba vulneración de los derechos adquiridos, máxime cuando para ingresar al nivel ejecutivo, debía mediar solicitud del interesado, esto es, se dejaba a discreción de este, en postularse o no, de modo que el postulante era quien debía evaluar si la situación era favorable a sus intereses.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. En torno a la relación laboral del demandante

El señor Henry Alberto Santamaría Forero ingresó al servicio de la Policía Nacional, en calidad de agente alumno, el 1 de agosto de 1983; posteriormente fue vinculado como agente nacional desde el 1 de enero de 1984; fue incorporado como suboficial desde el 1 de agosto de 1986 y empezó a hacer parte del nivel ejecutivo de la Institución el 1 de septiembre de 1994¹¹.

¹⁰ «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».

¹¹ Folios 16 a 19.

Su retiro del servicio se produjo a partir del 10 de octubre de 2008, en virtud de la Resolución 04324 del 30 de septiembre de ese año¹².

2.3.2. En relación con los emolumentos que el demandante ha percibido durante su relación laboral

Mediante Resolución 6062 del 1 de septiembre de 1989¹³, se reconoció el subsidio familiar a favor del demandante, en el 30%; posteriormente, fue incrementado, mediante Resolución 2932 del 27 de marzo de 1990¹⁴, al 35% y, más adelante, aumentó al 39%, en virtud de la Resolución 0310 del 27 de noviembre de 1992¹⁵.

2.3.3. En relación con la reclamación en sede administrativa

Mediante petición radicada el 10 de julio de 2012¹⁶ el demandante, solicitó el reconocimiento y pago de las primas, subsidios, bonificaciones y auxilio de cesantías que la Policía Nacional dejó de cancelar y que tienen sustento en lo dispuesto en el Decreto 1212 de 1990, con los intereses e indexaciones de ley.

La Policía Nacional, a través de la jefe del Área Administración Salarial resolvió tal solicitud, mediante Oficio S-2012-187525/ADSAL-GRUNO-22 del 17 de julio de 2012, mediante el cual despachó desfavorables las pretensiones del actor, aduciendo que la administración ha dado estricto cumplimiento a las

¹² Folio 128.

¹³ Folios 20 a 22.

¹⁴ Folios 23 a 25.

¹⁵ Folios 26 a 28.

¹⁶ Folios 3 a 9.

normas relativas a los salarios y prestaciones sociales de los miembros del nivel ejecutivo de la institución.

2.4. Caso concreto

El demandante, en su condición de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reclama el reconocimiento y pago de prestaciones, auxilios, subsidios, entre otros, que fueron suspendidos con ocasión de su homologación en ese nivel, así como la reliquidación de su asignación de retiro, con base en las normas que lo cobijaron antes de que se produjo la homologación, motivo por el cual es necesario realizar un comparativo de los emolumentos que percibía antes de su homologación y después de ella, lo que se ve reflejado en el cuadro siguiente:

Decreto 1212 de 1990 SUBOFICIALES	Decreto 1091 de 1995 NIVEL EJECUTIVO
<p>Artículo 69.- PRIMA DE SERVICIO ANUAL. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, 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.</p>	<p>Artículo 4.- PRIMA DE SERVICIO. 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.</p>
<p>Artículo 70.- PRIMA DE NAVIDAD. 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</p>	<p>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</p>

<p>respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.</p>	<p>diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.</p>
<p>Artículo 71.- PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan quince (15) y diez (10) años de servicio, respectivamente, tendrán derecho a una prima mensual que se liquidará sobre el sueldo básico, así:</p> <p>a. Oficiales:</p> <p>A los quince (15) años, el (10%) y por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.</p> <p>b. Suboficiales:</p> <p>A los diez (10) años, el diez por ciento (19%0 y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más</p>	<p>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).</p>
<p>Artículo 81. PRIMA DE VACACIONES. 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 1o. de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.</p>	<p>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 (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.</p>
<p>Artículo 88. SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN. Los Oficiales y</p>	<p>Artículo 12.- SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN. El personal del nivel</p>

<p>Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a un subsidio mensual de alimentación, en cuantía que en todo tiempo determinen las disposiciones legales vigentes sobre la materia.</p>	<p>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.</p>
<p>Artículo 82. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</p> <p>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</p> <p>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.</p> <p>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%).</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>

De la comparación anterior surge que a raíz de la homologación en el nivel ejecutivo, el demandante continuó percibiendo similares emolumentos a los que recibía en su condición de suboficial de la Policía Nacional, aunque la manera de liquidarlos fue diferente, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió 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 la generalidad de 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.

Adicionalmente, debe decirse que de acuerdo con las certificaciones allegadas como prueba¹⁷, aludidas en el acápite correspondiente, se puede establecer que al demandante se le incrementó en un alto porcentaje su asignación básica; lo que quiere decir que el ingreso mensual total que recibía como miembro de ese nivel fue mayor al que percibía en su condición de suboficial de la Policía Nacional.

Las Subsecciones A y B de la Sección Segunda de esta Corporación ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y han concluido, en reiteradas providencias¹⁸, que el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, 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 la demandante. Así se discurió en una de tantas sentencias:

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

¹⁷ Folio 148.

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).

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 Sala¹⁹ 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

Además, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse, en este caso, al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conllevaba la aceptación y acogida de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales para el mismo.

Ahora bien, en materia de asignación de retiro, el artículo 140 del Decreto 1212

¹⁹ Esta cita hace parte del texto transcrito: 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).

de 1990 establece las bases de liquidación y fija las siguientes partidas computables: sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de oficial diplomado en la Academia Superior de Policía, duodécima parte de prima de navidad, prima de vuelo, gastos de representación, subsidio familiar y bonificación de los agentes del Cuerpo Especial; mientras que las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo están determinadas en el artículo 23, numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004 y son: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, duodécima parte de la prima de servicios, duodécima parte de la prima de vacaciones y duodécima parte de la prima de navidad.

Las partidas computables que se aludieron obedecen a que cada uno de los regímenes, el de suboficiales y el de los miembros del nivel ejecutivo, tienen bases salariales diferentes y primas, subsidios, bonificaciones y otros emolumentos propios, de los que se derivan las partidas que han de tomarse para liquidar la prestación por retiro, y no se puede, como lo pretende el demandante, acudir a las partidas de un régimen (el de suboficiales) para liquidar la prestación de retiro de quien pertenece a otro (el del nivel ejecutivo), pues ello, igualmente, iría en contra del principio de inescindibilidad normativa, según se explicó previamente.

En todo caso, se repite, el demandante se acogió al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, con ello, quedó sometido a las normas que se expidieron en material salarial y prestacional en desarrollo de esa carrera y son las que se han venido aplicando para liquidar sus prestaciones sociales.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²¹, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso²², se condenará a la parte demandante al pago de las costas de segunda instancia, por haberse confirmado íntegramente la sentencia del inferior y teniendo en cuenta la gestión que realizó la entidad demandada en segunda instancia²³.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos fuerza concluir que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones, auxilios, subsidios y demás emolumentos reclamados, ni a la reliquidación de su asignación de retiro, lo que conlleva confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda. Con condena en costas de la segunda instancia al demandante.

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,

FALLA

²² En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

²³ Presentar alegatos de conclusión.

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Henry Alberto Santamaría Forero contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas al demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Tercero.- Reconocer al abogado Oscar Daniel Hernández Murcia como apoderado judicial de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, en la forma y términos del poder visible en folio 316 del expediente.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

