

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 175.

Santiago de Cali, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-33 33-001-2018-00244-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : JOSE FERNEY DAGUA COVARIA
DEMANDADO : CASUR

1. ANTECEDENTES

El señor **JOSE FERNEY DAGUA COVARIA**, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR**, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1. Se declare la nulidad del Oficio No. 290934 de 21 de diciembre de 2017, por medio del cual CASUR, negó la inclusión de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a CASUR a reajustar la asignación de retiro del actor, con la inclusión de la partida de subsidio familiar en una proporción que la venía del 39% del sueldo que percibía al momento de su retiro del servicio, a partir del 28 de agosto de 2015.
3. Se condene a la entidad demandada a actualizar e indexar los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el ajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.
4. Se ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reajuste solicitado en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

2. HECHOS:

Los hechos fundamento de las pretensiones se resumen así:

- 1.- El señor **JOSE FERNEY DAGUA COVARIA** prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.
- 2.- Durante el tiempo en que estuvo en servicio activo como intendente jefe, le fue reconocida la partida de subsidio familiar.

3.- La entidad accionada reconoció asignación de retiro a favor del demandante, a través de la Resolución No. 8084 de 30 de octubre de 2015, efectiva a partir del 28 de noviembre de 2015. En la liquidación de dicha prestación no se incluyó la partida de subsidio familiar que percibió hasta el momento de su retiro.

4.- El demandante solicitó ante la entidad accionada el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar en un porcentaje del 39%, a través de derecho de petición fechado 5 de diciembre de 2017, petición que fue resuelta en forma desfavorable a través del acto administrativo acusado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Con la demanda, se solicita la aplicación por inconstitucionales de los artículos 15 y 49 del decreto 1091 de 1995, del parágrafo del artículo 23 del decreto 4433 de 2004 y del parágrafo del artículo 3 del decreto 1858 de 2012.

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte actora argumentó, en síntesis, que el acto administrativo acusado vulneró el derecho fundamental a la igualdad y los demás principios Constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que regulan las relaciones laborales y prestacionales.

Lo anterior comoquiera que la inclusión de la partida del subsidio familiar sólo se tiene en cuenta en las asignaciones de retiro que le son reconocidas a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional excluyendo sin justificación alguna al personal adscrito al nivel ejecutivo de la institución, quienes en servicio activo si percibieron dicha partida, situación que evidentemente afecta el derecho a la igualdad.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda en forma oportuna a través de apoderada judicial mediante memorial visto a folios 73 al 83 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 23 del Decreto 4433 del 2004, en la hoja de servicios del demandante y en atención a lo previsto en el decreto 1091 de 1995.

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que la asignación de retiró se liquidó conforme a lo previsto por las normas que regulan de forma expresa la materia y que excluyen de forma expresa al subsidio familiar como partida computable para el cálculo de la prestación propone la excepción que denomina "inexistencia del derecho".

3. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante auto del 5 de octubre de 2018, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, se decretaron las pruebas y al no haber pruebas por practicar el Juzgado se constituyó en la audiencia de alegatos y Juzgamiento, ordenándose correr traslado a la partes para alegar de conclusión en forma oral, el cual fue aprovechado por ambas partes.

Parte Demandante: Se pronuncia solicitando acceder a las pretensiones incoadas, con similares argumentos a los expuestos en la demanda.

Parte Demandada: Hace lo propio solicitando negar las pretensiones aduciendo que las cesantías del demandante en este periodo quedaron cobijados por los efectos del acuerdo de restructuración de pasivos.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema Jurídico:

Teniendo en cuenta la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el día 30 de agosto de 2019¹, se advierte que el problema jurídico consiste en establecer si es procedente la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el demandante, bajo el siguiente concepto:

- i) Si se presenta una indebida aplicación de los artículos 15 y 49 del decreto 1091 de 1995 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004, en la liquidación de la asignación de retiro, al no incluir como factor de liquidación el subsidio familiar en un porcentaje equivalente al 39%.

4.2.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

Régimen legal que regula la asignación de retiro para miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional:

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2.004², al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2.003, *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"*, determinó que la asignación de retiro es de naturaleza prestacional y se asimila a la pensión de vejez³.

Agrega que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones

¹ Folios 151 a 153 del expediente.

² Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

En lo que corresponde a las partidas computables para la asignación de retiro, se tiene que el artículo 49 del decreto 1095 que consagró el reconocimiento de dicha prestación para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sostuvo lo siguiente:

(...) Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a) Sueldo básico;
- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

A su turno, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, dispone sobre la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo lo siguiente:

(...) ARTÍCULO 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al

grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales (...)

Aunado a lo anterior el artículo 19⁴ del decreto 1095 de 1995, que regula la prestación del subsidio familiar establece expresamente que esta prerrogativa se extingue al momento del cumplimiento de la "*edad límite*".

De lo anterior, se desprende que la controversia suscita gira alrededor del alcance o interpretación que debe darse a las normas bajo análisis, toda vez que la entidad demandada considera que el subsidio familiar no fue consagrado como factor de liquidación de la prestación de retiro, motivo por el cual acceder a lo pretendido con la demanda implicaría desbordar los parámetros determinados sobre el particular por ministerio de la ley.

Por el contrario, la parte accionante considera que al contemplarse dicho subsidio como partida pensional para el resto de integrantes de la Policía Nacional se vulnera el principio de igualdad al no establecerse una causal justificada de diferenciación.

Para resolver la anterior controversia, el Despacho considera pertinente traer a colación los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, mediante **sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019⁵**, en la cual se analizó las incidencias que tiene la no inclusión del subsidio familiar como factor de retiro para los soldados profesionales a diferencia del resto de personal de las Fuerzas Militares.

(...) 4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y

4

5 Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.	13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

1. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁶ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

2. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»⁷, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»⁸, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

(...)12.- En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales **en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas.** En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares **las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones**, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato

⁶ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

⁷ T-587 de 2006.

⁸ Ibidem.

discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares". (Negrilla y subrayado del Despacho)

A partir del marco normativo y jurisprudencia antes expuesta, el Despacho procederá a estudiar el caso concreto, con el fin de determinar si el demandante tiene o no derecho al reajuste deprecado.

4.3. Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

De la revisión del proceso, se tiene acreditado que mediante la Resolución No. 8084 del 30 de octubre de 2015⁹, el Director General de CASUR, reconoció una asignación de retiro a favor del señor JOSE FERNEY DAGUA, en su condición de Intendente Jefe, a partir del 28 de noviembre de 2015, así:

- En cuantía del 83% del salario mensual con base en los decretos 4433 de 2004, 1095 de 1995 y 1858 de 2012.
- Dicho porcentaje se encuentra compuesto por la asignación básica y las primas de retorno de experiencia, navidad, servicios, vacaciones, nivel ejecutivo y el auxilio de alimentación (fl. 11).

Inconforme con la anterior decisión, el demandante a través de apoderado judicial presentó derecho de petición ante la entidad accionada el día 5 de diciembre de 2017¹⁰, solicitando el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello, la inclusión del subsidio familiar.

Las anteriores peticiones, fueron resueltas en forma desfavorable a través del acto administrativo acusado contenido en el Oficio N° 290934 del 21 de diciembre de 2017¹¹.

De las circunstancias fácticas descritas surge que, en efecto, a raíz de su pertenecía al nivel ejecutivo, el demandante dejó de percibir el monto del subsidio familiar en su asignación de retiro.

No obstante, esta circunstancia no implica que el régimen al que se acogió haya sido desfavorable a los intereses de la parte accionante, 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

⁹ Folio 6 del expediente.

¹⁰ Folios 3 a 4 del expediente.

¹¹ Folio 8 del expediente.

acogieron a la homologación.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y ha concluido, en reiteradas providencias¹², 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 el demandante:

(...) 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 Sala¹³ 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*".¹⁴

Ahora bien, en materia del ajuste de la asignación de retiro, se debe señalar que el Decreto 1212 de 1990 establece las bases de liquidación y fija las diferentes partidas computables que se deben tener en cuenta para liquidar esa prestación respecto del cuerpo de suboficiales de esa institución; mientras que las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo y los oficiales están determinadas en el artículo 23, numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004.

¹² 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).

¹³ Esta cita hace parte del texto transcrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

¹⁴ 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).

Lo anterior quiere decir que las partidas señaladas en cada una de las normas antes citadas deben ser aplicadas a los miembros de cada uno de los regímenes establecidos en ellas, el de suboficiales, oficiales y el de los miembros del nivel ejecutivo, los cuales tienen bases salariales diferentes, primas, subsidios, bonificaciones y otros emolumentos propios de cada uno de ellos, y no puede, como lo pretende el demandante, acudir a las partidas de un régimen (el de oficiales) 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 este contexto, el Despacho considera no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado en sentencia de sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019¹⁵, estableció que este tipo de diferenciación en el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública no es inconstitucional e incluso se ajusta a los parámetros del denominado “*test de igualdad*”:

(...) 196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad. (...)

En todo caso, 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, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda.

De manera que el subsidio familiar devengado en actividad por el demandante no corresponde a una partida computable para efectos de la liquidación de su asignación de retiro,

5. COSTAS.

Finalmente en cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁶ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

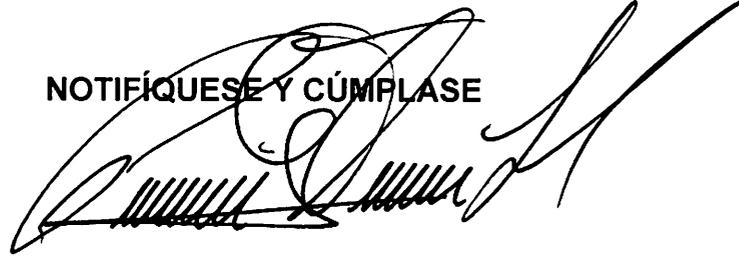
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

¹⁶ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a *sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*; ii) *se aduzcan calidades inexistentes*; iii) *se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos*; iv) *se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas*; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) *se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'PAOLA ANDREA GARTHNER HENAO', written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

**PAOLA ANDREA GARTHNER HENAO
JUEZ**

Lcms.