



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: **150013333010-2019-00198-00**
Demandante: **JAIME CAMARGO CAMARGO**
Demandado: **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede el Juzgado a emitir sentencia anticipada de primera instancia dentro del radicado de la referencia, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

II.

1. La demanda (fls. 1-24)

1.1. Hechos relevantes

El demandante ingresó a la Policía Nacional en el año 2006, como alumno; al aprobar el curso de formación ascendió a patrullero. Su vida laboral inició bajo el régimen denominado “Nivel Ejecutivo”.

Señala que contrajo nupcias con la señora Leidy Johanna Rodríguez Camargo, unión de la que nacieron dos hijos: Nikoll y Jimmy Camargo.

Elevo solicitud ante la Dirección General de la Institución, para que le fuera reliquidado su salario mensual e incluyera la prima de subsidio familiar, en los mismos porcentajes que se le reconoce a los oficiales de la institución, razón por la cual fue expedida la Resolución N° S-2017-054640/ ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de diciembre de 2017, por medio de la cual fue negada la solicitud.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, solicitó:

1. La inaplicación por inconstitucionalidad e inconveniencia de las siguientes normas: artículo 23 decreto 122 de 1997, artículo 29 decreto 58 de 1998, artículo 30 decreto 062 de 1999, artículo 30 decreto 2724 de 2000, artículo 29 decreto 2737 de 2001, artículo 29 decreto 745 de 2002, artículo 29 decreto 3552 de 2003, artículo 29 decreto 4158 de 2004, artículo 29 decreto 923 de 2005, artículo 29 decreto 407 de 2006, artículo 29 decreto 1515 de 2007, artículo 28 decreto 673 de 2008, artículo 27 decreto 737 de 2009, artículo 27 decreto 1530 de 2010, artículo 27 decreto 1050 de 2011, artículo 27 decreto 842 de 2012, artículo 27 decreto 1017 de 2013, artículo 27 decreto 187 de 2014, artículo 27 decreto 1028 de 2015, artículo 27 decreto 214 de 2016, artículo 984 de 2017, artículo 28 decreto 324 de 2018, artículo 28 decreto 1002 de 2019.

2. *Se declare la nulidad de Resolución u oficio N° S-2017-054640/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de diciembre del año 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del señor JAIME CAMARGO CAMARGO incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su esposa, un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo, un 4% del salario básico por concepto de su segundo hijo.*
3. *A título de restablecimiento del derecho se condene a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –POLICÍA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional, donde se incluya la partida de SUBSIDIO FAMILIAR bajo los siguientes parámetros:*
 - a) *En un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde pro su esposa, LEIDY JOHANNA RODRIGUEZ CAMARGO, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 14 de abril del año 2012, fecha de matrimonio.*
 - b) *En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primera hija, NIKOLL NATALIA CAMARGO RODRIGUEZ, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 29 de octubre del año 2011, fecha de nacimiento.*
 - c) *En un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde por su segundo hijo, JIMMY ALEJANDRO CAMARGO RODRIGUEZ, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 19 de agosto del año 2016, fecha de nacimiento.*
4. *A título de restablecimiento se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL a pagar a mi poderdante los dineros retroactivos correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.*
5. *Que se de cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del CCA.*

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó como fundamentos constitucionales y legales, vulnerados los artículos 13, 42, 44, 53, y 93 de la Constitución Política de Colombia; Convención sobre los derechos del niño del año 1989, artículo 2, numeral 2, Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 17, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 10 y 11, ley 1099 de 2006 artículos 1 y 7.

Señala que en Colombia el decreto 0118 de 21 de junio de 1957 implementó la figura del subsidio familiar; y posteriormente se reformó con la ley 21 de 1982. Esta normatividad tenía como finalidad la protección de la familia de las personas que salarialmente estaban menos favorecidas, y especialmente los niños y niñas de la familia; lo cual se ratificó con la sentencia T-942 de 2014, la C-337 de 2011, la T-623 de 2016, T-677 de 2007, y en específico en la sentencia C-1002 de 2007, respecto del subsidio familiar para los miembros de la Policía Nacional.

Para el régimen del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el subsidio familiar se encuentra establecido en el decreto 1091 de 27 de junio de 1995, artículos 15 al 21, pero no estableció los porcentajes que debían ser reconocidos al uniformado por concepto de esposa e hijos, lo que era responsabilidad de ser fijado por el Gobierno Nacional, situación que ha sido plasmado en los decretos de incremento salarial anual, y que a la fecha de presentación de la demanda, todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función perciben la suma de \$32.729 por cada persona a cargo.

La convención sobre los derechos del niño fue ratificada por Colombia en la ley 12 de 22 de enero de 1991, en el cual se ha protegido los derechos de los niños, en especial con lo establecido en

el artículo 2, respecto a la protección contra toda discriminación, y con la expedición de la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, pues si bien desarrolla el artículo 44 de la Constitución Política, es el reflejo plasmado en la ley, de las responsabilidades internacionales, al enfatizar la garantía a niños, niñas y adolescentes de igualdad, sin discriminación alguna.

Resalta la flagrante desigualdad que ha existido en la Policía Nacional, con respecto al otorgamiento de beneficios económicos para los menores hijos de los uniformados, teniendo en cuenta que el subsidio familiar pertenece a la familia de los trabajadores, en especial a los menores.

Rechaza el argumento con el cual se dice que los Oficiales de la institución, por su categoría y funciones, merecen un mayor beneficio en tratándose del subsidio familiar, situación reprochable bajo la esfera de derechos humanos, ya que no es susceptible de discusión manifestar la igualdad sustancial que debe existir entre los hijos de un miembro del Nivel Ejecutivo con respecto de los hijos de un Oficial de Policía Nacional, y por qué uno merece mayor protección que otro.

Señala que los hijos de los Oficiales perciben a título de subsidio familiar hasta un 17% del sueldo básico mensualmente, y los hijos de los miembros del Nivel Ejecutivo, perciben una suma de \$32.729 por cada uno, situación con la que se vislumbra una flagrante desigualdad entre los menores de uno y otro núcleo familiar, y trae a colación la sentencia C-337 de 2011.

Considera que el derecho a la igualdad de la familia del accionante ha sido trasgredido por parte de las entidades demandadas, pues para los Oficiales, según decreto 1212 de 1990, artículo 82, se da el 30% por compañero o cónyuge, y 17% para los hijos; en tanto que para el Nivel ejecutivo, se encuentra en el decreto 1002 de 6 de junio de 2019, artículo 28, un 0% para compañero o cónyuge y \$32.729 por cada hijo.

Propone la aplicación de un juicio integrado de igualdad, para el presente caso, por lo que debe tenerse en cuenta elementos y pasos a seguir para su correcta aplicación, de conformidad con las sentencias C-015 de 2018 y C-053 de 2018. Por tanto se deberá culminar tres pasos: i) detección de tres presupuestos junto con su análisis, ii) identificación del nivel de intensidad aplicable y, iii) aplicación del nivel de intensidad junto con el análisis de los elementos previos.

De igual forma aduce la trasgresión del derecho internacional, respecto de la protección de la familia, puntualmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 10 y 11, Convención Interamericana de Derechos Humanos artículo 17.

Trae a colación la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por Robert Alexy, y la diferencia entre principio y regla, con lo que concluye que el conflicto entre una regla legal como lo es la inescindibilidad y derechos constitucionales como lo son la igualdad, la familia y el interés del menor, aclarando que estos últimos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador.

Considera que el complejo jurídico superior no contempla la inescindibilidad como principio, valor, derecho o eje orientador de la constitución, por lo cual su rango indiscutiblemente pertenece a la ley.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que se solicita la protección de derechos constitucionales, solicita la aplicación del artículo 4 de la Constitución Política. Ahora bien, en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, se estaría frente a lo denominado como caso difícil, al existir choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación, con el que el eje temático radicaría en ¿qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?

Ahora bien, teniendo en cuenta la vigencia de las normas que establecen el subsidio familiar, no puede desconocerse el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces,

inclusive de oficio, cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política, a través del control por vía de excepción.

En cuanto a la sostenibilidad fiscal, señala que no es un principio sino un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, por lo que no puede ser ponderado con derechos fundamentales y que requieren protección constitucional reforzada, pues es inconstitucional afirmar que la sostenibilidad fiscal puede desplazar derechos fundamentales con la finalidad de preservarse. La sentencia C-258 de 2013 anuncia la imposibilidad de justificarse en la sostenibilidad fiscal para trasgredir derechos fundamentales.

Finalmente expone que los oficiales perciben un salario mayor que los miembros del nivel ejecutivo, y aun así el reconocimiento del subsidio familiar es menor para los integrantes de ésta última categoría, situación incongruente y que raya con el sistema constitucional colombiano.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL. (fls.73-113)

Se opuso a las pretensiones formuladas, pues resultan infundadas e improcedentes, debido a que no hay lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad formulada, pues el actor se encuentra regido por el decreto 1091 de 1995 y artículo 23 del decreto 4433 de 2004.

Dentro de la decisión del legislador ordinario o extraordinario de brindar un trato diferente entre el personal que integra cada uno de los regímenes dentro de la Institución Policial, por la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro y/o pensiones, no se encuentra desprovista de una razón jurídica legítima, en razón a que los mismos tienen regímenes prestacionales y salariales diferentes que implican diversos beneficios para ambos.

Fundamenta la defensa en que a los miembros del Nivel Ejecutivo les es aplicable para efectos prestacionales el decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensonal y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, conforme al artículo 23. Para el servicio activo se encuentra regido por el decreto ley 1091 de junio de 1995 por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en consecuencia el reconocimiento, y pago del subsidio familiar de los miembros del nivel ejecutivo se hace conforme los artículos 16 y 17.

Como excepciones de fondo planteó que el **acto administrativo se encuentra ajustado a la constitución y a la ley**, pues las normas que regulan su vínculo laboral con el Estado no contienen los pagos pretendidos, por lo tanto la decisión de la administración se ajusta a derecho. De igual forma indicó como excepción el **principio de legalidad** pues es el Gobierno Nacional el que constitucional y legalmente tiene la competencia y facultad para fijar y aumentar los salarios de los miembros de la Fuerza Pública.

El régimen del Nivel Ejecutivo es distinto y ajeno a los regímenes de los Oficiales, Suboficiales y Agentes, se observa que la norma que regula al hoy demandante es el decreto 1091 de 1995 y el decreto 4433 de 2004, pues su vinculación a la entidad se hizo a través del escalonamiento en el Nivel Ejecutivo, y no en ningún otro régimen.

Argumenta que cada nivel de personal de la Policía Nacional tiene sus propias características, donde no es dable a los miembros activos o en retiro solicitar la aplicación alterna de varios regímenes prestacionales en los aspectos que los benefician.

A su vez planteó como excepción la de **inexistencia de causales de anulación del acto administrativo impugnado**, pues este se ajustó al ordenamiento jurídico que le correspondía

aplicar a la entidad en la situación concreta del demandante, por lo que solicita se denieguen las suplicas de la demanda, pues se cumplieron los elementos constitutivos de los actos administrativos, no existió desviación de poder, no existió falsa motivación o error en los motivos invocados. Tampoco existió violación al debido proceso; y hay inexistencia de violación de la ley, pues el acto demandado se profirió con base en las normas que gobiernan a los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL. (fls. 565-571)

Reiteró los argumentos y fundamentación aportada con la contestación de la demanda, y solicitó la denegación de las pretensiones.

3.2. PARTE ACTORA.

No presentó alegatos de conclusión.

3.3. Ministerio Público.

No presentó concepto.

IV. TRÁMITE

La demanda fue radicada el 23 de octubre de 2019 (fl. 63); el 16 de enero de 2020 se dispuso su admisión (fl. 65-67); obra informe secretarial de suspensión de términos entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, el 13 de julio de 2020, se notificó personalmente la demanda (fl. 70). El traslado de la demanda se surtió desde el 03 de agosto de 2020 (fl.71), oportunidad dentro de la cual la entidad demandada dio contestación.

A través de providencia de 30 de noviembre de 2020, se negó la solicitud de retiro de la demanda, se incorporaron las pruebas aportadas por las partes, y se corrió traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión. (fls. 560-562)

Como se indicó en el proveído del 30 de octubre del año anterior, teniendo en cuenta que se debate un asunto de puro derecho y no era necesaria la práctica de pruebas, se cumplía para ese momento el supuesto contemplado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, para efectos de dictar sentencia anticipada, el cual ahora es recogido en el artículo 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial:*
 - a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
 - b) Cuando no haya que practicar pruebas;*
- (...)*

Como quiera que se encuentran satisfechos los anteriores presupuestos, procede el despacho de conformidad, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

Corresponde en este proceso, determinar la procedencia de la aplicación del reajuste de la asignación básica del señor Patrullero Jaime Camargo Camargo, quien hace parte del Nivel Ejecutivo, teniendo en cuenta el régimen salarial establecido para el Nivel de Oficiales de la Policía Nacional, específicamente en lo relacionado con el subsidio familiar.

En caso de ser procedente la aplicación, deberá establecerse si la entidad demandada debe reconocer y pagar a favor del demandante el valor del reajuste del salario a que haya lugar, para lo cual deberá definirse la fecha de reconocimiento.

5.2. Normatividad aplicable al caso concreto.

5.2.1. Régimen Salarial y Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública-Nivel Ejecutivo

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se encuentra enmarcado en la ley 4ª de 1992, en el que se incluyó a la fuerza pública en su artículo 1º, literal d).

En la ley 62 de 1993, entre otros aspectos, se confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, para modificar las normas de carrera de personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, conforme el artículo 35 de la citada normativa.

Con la ley 180 de 1995, se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada Nivel Ejecutivo, y entre otros aspectos modificó estableció en el artículo 1º, la modificación al artículo 6º de la ley 62 de 1993, que señala:

“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”.

En el artículo 7º contempló las facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo, así:

1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

a) Disposiciones preliminares;

b) Jerarquía, clasificación y escalafón;

c) Administración de personal:

- Selección e ingreso

- Formación

- Grados, ascenso y proyección de la carrera

- Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales

- Sistemas de evaluación

- Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos

- Suspensión, retiro, separación, reincorporación
- Reservas
- Disposiciones varias
- Normas de transición.

(...)

PARÁGRAFO. 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.

5.2.2. Subsidio Familiar del Nivel Ejecutivo

La reglamentación del subsidio familiar para el Nivel Ejecutivo, se estableció en el decreto 1091 de 1995, "por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995", y en el capítulo II estableció lo atinente al Subsidio Familiar, así:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

5.2.3. Subsidio familiar en los Niveles de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional

A su vez el decreto 1212 de 1990, a través del cual se reformó el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, estableció en el artículo 82 el subsidio familiar para los niveles de oficiales y suboficiales, así:

"ARTICULO 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:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1º. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que, por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación."

PARAGRAFO 2º. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.

5.2.4. Subsidio familiar para los Agentes de la Policía Nacional

De igual forma el ejecutivo expidió la normatividad aplicable al reconocimiento del subsidio familiar para los Agentes, a través del decreto 1213 de 1990, así:

ARTICULO 46. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1o. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Agentes que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuvieren disfrutando, o tuvieren derecho a disfrutar de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2o. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.

5.2.5. La excepción de inconstitucionalidad

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, citada por el máximo tribunal contencioso administrativo¹, puede conceptualizarse en los siguientes términos:

"La jurisprudencia constitucional ha definido que 'la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber, en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales'. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, **en un caso concreto y con efecto inter partes**, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política."²

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. CP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia 02724 de 16 de febrero de 2017.

² Corte Constitucional, sentencia SU132 de 13 de marzo de 2013. MP. Alexei Julio Estrada.

A su vez es una facultad que puede ser ejercida de manera oficiosa³ o a solicitud de parte, cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) *La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”⁴;*

(ii) *La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso⁵; o,*

(iii) *En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental⁶. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”⁷.”⁸*

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Boyacá indicó que “cuando un juez inaplica una norma en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, se limita a dejar de aplicar normas que son informadas en la demanda o en la contestación de la demanda como fundamento del derecho o de la defensa, siempre contando con una base argumentativa sólida y permitan dar claridad a la flagrante violación de los preceptos constitucionales, labor que corresponde al solicitante”⁹.

5.2.6. El derecho a la igualdad

De manera reiterada la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado, 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.

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”¹¹, 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.

Para establecer lo anterior, deben cumplirse unos requisitos:

- “(i) que las personas sujeto 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;*
- ii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y*

³ Sentencia T-808 de 2007.

⁴ Sentencia T-103 de 2010.

⁵ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que “en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).”

⁶ Sentencia T-103 de 2010.

⁷ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁸ Sentencia T-681 de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Sentencia del 27 de julio de 2017, radicado No. 150013333007201400146-02, Magistrada doctora Clara Elisa Cifuentes Ortíz.

¹⁰ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

¹¹ T-587 de 2006.

*(iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad*¹²

Ahora bien, de igual forma la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad debe observarse desde varias dimensiones:

*(i) La formal o ante la ley, que se relaciona con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto que involucre una distinción irrazonable basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien; (iii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.*¹³

También la Corte Constitucional en sentencia C-057 de 2010, concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encuentra justificada, en la medida que “constituyen grupos jurídicamente diferenciados”, pues a pesar de ser miembros de la Fuerza Pública, la distinción entre estos niveles de carrera, no tiene un origen arbitrario o subjetivo “sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes.¹⁴ La naturaleza de sus funciones es claramente distinta. En ese sentido, “Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.”

De acuerdo con lo expuesto, los rangos de la Fuerza Pública, incluidos el personal del Nivel Ejecutivo, desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, constituyen grupos diferenciados jurídicamente y, por lo tanto, “tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas”

De igual forma el máximo tribunal constitucional, en las sentencias C-995 de 2000¹⁵ y C-313 de 2003¹⁶, estableció que en el evento de que existan distintos regímenes salariales y prestacionales, a efecto de verificar una eventual vulneración del derecho a la igualdad, cada régimen salarial especial debe ser mirado como un sistema de reconocimientos salariales y prestacionales, razón por la cual, los beneficios particulares contemplados en cada uno, no pueden ser examinados aisladamente para enfrentarlos con otros regímenes también especiales, dado que no resulta equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales que en la regulación general o de otro régimen especial sean más benéficos; de manera que para realizar un juicio de igualdad debe partirse el supuesto de una misma situación, sin que sea dable descontextualizar un beneficio en particular para llevar a cabo tan solo respecto de aquel, un examen de igualdad.

El Consejo de Estado¹⁷ analizó en demanda de simple nulidad, la legalidad del decreto 1091 de 1995 aplicable al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, providencia aplicable al presente caso, y de la cual se procederá a citar *in extenso* los apartes pertinentes respecto del test de igualdad o proporcionalidad realizado, puesto que se realizó de manera general para todas las Fuerzas Militares, con el cual se concluyó la legalidad de la norma analizada:

(ii) Test de igualdad o proporcionalidad

a. Supuestos de hecho

¹² ibídem

¹³ Sentencias T-629 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez; C-394 de 2017

¹⁴ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

¹⁵ M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

¹⁶ M.P. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014). 25 de noviembre de 2019

77. Lo primero que debe determinar la Sala frente a los decretos demandados, es si realmente los miembros del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional están ante una situación igual a la de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

78. Entonces, se tiene que las Fuerzas Militares manejan una jerarquía interna para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, así como para todos los derechos y obligaciones, comprendido en diferentes grados. Así, de conformidad con el artículo 1. ° de la Ley 1792 de 2016, [114] estos son:

EJÉRCITO		ARMADA		FUERZA AÉREA	
Oficiales	Suboficiales	Oficiales	Suboficiales	Oficiales	Suboficiales
a) Oficiales Generales 1. General 2. Mayor General 3. Brigadier General	a) Sargento Mayor de Comando Conjunto b) Sargento Mayor de Comando	a) Oficiales de Insignia 1. Almirante 2. Vicealmirante 3. Contraalmirante	a) Suboficial Jefe de Comando Conjunto b) Suboficial Jefe de Comando	a) Oficiales Generales 1. General 2. Mayor General 3. Brigadier General	a) Técnico Jefe de Comando
b) Oficiales Superiores 1. Coronel 2. Teniente Coronel 3. Mayor	c) Sargento Mayor d) Sargento Primero e) Sargento Viceprimero f) Sargento Segundo g) Cabo Primero	b) Oficiales Superiores 1. Capitán de Navío 2. Capitán de Fragata 3. Capitán de Corbeta	c) Suboficial Jefe Técnico d) Suboficial Jefe Técnico e) Suboficial Primero f) Suboficial Segundo	b) Oficiales Superiores 1. Coronel 2. Teniente Coronel 3. Mayor	b) Técnico Jefe de Comando c) Técnico Jefe
c) Oficiales Subalternos 1. Capitán 2. Teniente 3. Subteniente	h) Cabo Segundo i) Cabo Tercero	c) Oficiales Subalternos 1. Teniente de Navío 2. Teniente de Fragata 3. Teniente de Corbeta	g) Suboficial Tercero h) Marinero Primero i) Marinero Segundo	c) Oficiales Subalternos 1. Capitán 2. Teniente 3. Subteniente	d) Técnico Subjefe e) Técnico Primero f) Técnico Segundo g) Técnico Tercero h) Técnico Cuarto i) Aerotécnico

79. Por su parte, la jerarquía de la Policía Nacional para los mismos fines, se encuentra consagrada en el artículo 2. ° ibídem, así:

Oficiales	Nivel Ejecutivo	Suboficiales
a) Oficiales Generales 1. General 2. Mayor General 3. Brigadier General	a) Comisario	a) Sargento Mayor
b) Oficiales Superiores 1. Coronel 2. Teniente Coronel 3. Mayor	b) Subcomisario	b) Sargento Primero
c) Oficiales Subalternos 1. Capitán 2. Teniente 3. Subteniente	c) Intendente Jefe d) Intendente e) Subintendente f) Patrullero	c) Sargento Viceprimero d) Sargento Segundo e) Cabo Primero f) Cabo Segundo

80. Seguidamente, el artículo 7. ° ibídem fija diferentes tiempos mínimos de servicio en cada grado, para que se den los ascensos. Al respecto, se tiene que para alcanzar el grado más alto como Suboficial se deben acreditar 23 años de servicio, para alcanzar el grado más alto dentro del Nivel Ejecutivo se necesitan 22 años de servicio, mientras que los Oficiales que quieran alcanzar el grado de General, el tiempo mínimo de servicio será de 36 años.

81. En cuanto a los requisitos para el **ingreso y ascenso** de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el Decreto 1790 de 2000[115], en los siguientes términos:

«**ARTÍCULO 33. INGRESO Y ASCENSO.** El ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional y el de los suboficiales por el Ministro de Defensa Nacional o los comandos de las respectivas fuerzas cuando en ellos se delegue, de acuerdo con las normas del presente Decreto.

PARAGRAFO 1o. Para ingresar a las Fuerzas Militares como oficial o suboficial es condición mínima ser colombiano.

ARTÍCULO 34. INGRESO AL ESCALAFÓN. Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1104 de 2006. Salvo las excepciones que contempla el presente Decreto en el artículo 37, los Oficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Subteniente en el Ejército, en el Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada y en la Fuerza Aérea y como Teniente de Corbeta en los demás cuerpos de la Armada. Los Suboficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Cabos Terceros en el Ejército y en el Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada, como Marinero Segundo en los demás cuerpos de la Armada y como Suboficial Aerotécnico en la Fuerza Aérea.

ARTÍCULO 35. PERIODO DE PRUEBA. Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1104 de 2006. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares ingresarán al escalafón en período de prueba por el término de un (1) año durante el cual serán evaluados para apreciar su eficiencia, adaptación y condiciones para el servicio y podrán ser retirados en cualquier momento cuando se evidencie deficiencia, falta de adaptación y/o de condiciones para el desempeño en el cargo o servicio, o a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del período de prueba.

[...]

ARTÍCULO 53. REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES. Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.
- b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.
- c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
- d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
- e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.
- f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.
- g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

ARTÍCULO 54. REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE SUBOFICIALES. Los Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;
- b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;
- c) Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;
- d) Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;
- e) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de Evaluación y Clasificación.

PARÁGRAFO 1o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando Conjunto se escogerá entre los sargentos mayores de comando, Suboficiales jefes técnicos de comando, sargentos mayores de comando de la infantería de marina y técnicos jefes de comando de la Fuerza Aérea Colombiana, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, el cual se desempeñará en el Comando General de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO 2o. Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza escogerá entre los Sargentos Mayores, Suboficiales Jefes Técnicos, Sargentos Mayores de la Infantería de Marina y Técnicos Jefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto.

PARÁGRAFO 3o. Para ascender al grado de Sargento Mayor o su equivalente, el respectivo Comando de Fuerza escogerá entre los Sargentos Primeros, Suboficiales Jefes, Sargentos Primeros de la Infantería de Marina y Técnicos Subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, salvo lo relativo a los cursos o exámenes para ascenso.

PARÁGRAFO 4o. Para ascender al grado de Sargento Segundo de las Armas en el Ejército, sargento segundo en la Infantería de Marina y Técnico Segundo del Cuerpo Técnico de seguridad y defensas de bases aéreas en la Fuerza Aérea, el Suboficial deberá aprobar con anterioridad un curso para adquirir una especialidad de combate.

PARÁGRAFO 5o. El requisito de curso de que trata el literal b) en el caso del personal de Suboficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el Comandante de Fuerza respectivo.». (Se resalta).

82. A su vez, el Decreto 1791 de 2000[116] señaló unos requisitos de ingreso para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, los cuales son distintos para aquellos miembros de estos dos grados, que quisieran homologarse al Nivel Ejecutivo de la institución. Al respecto, el decreto *ibídem*, señaló:

«**ARTÍCULO 8. CONDICIONES GENERALES DE INGRESO.** De conformidad con las vacantes existentes, para ingresar al curso de formación como oficial o miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se exigen los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano.
2. Ser bachiller, profesional universitario, tecnólogo o técnico, según se establezca en cada caso.
3. Superar el proceso de admisión que la Dirección General de la Policía Nacional presente para aprobación del Ministro de Defensa Nacional.
4. No haber sido condenado a penas privativas de la libertad, ni tener antecedentes disciplinarios.

PARAGRAFO 1. La Dirección General de la Policía Nacional presentará para aprobación del Ministro de Defensa Nacional las áreas profesionales, tecnológicas o técnicas en las cuales haya necesidad de incorporar personal.

PARAGRAFO 2. La Dirección General de la Policía Nacional presentará para aprobación del Ministro de Defensa Nacional el protocolo de admisiones.

83. Con el objeto de permitir la movilidad entre las diferentes escalas jerárquicas y de estimular el desempeño y la permanencia al interior de la Policía Nacional, el artículo 9 del decreto autoriza el ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo, el cual será tramitado a solicitud del interesado, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y respetando el orden de antigüedad en el grado[117]. Dice la norma:

«**ARTICULO 9º. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO.** Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente;
2. Sargento Segundo, al grado de Intendente;
3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.

PARÁGRAFO. El ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

ARTICULO 10. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. 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.» (Subrayado propio)

84. De acuerdo con la norma trascrita, se observa que la posibilidad de que personal perteneciente a la categoría de suboficiales y agentes ingrese al nivel ejecutivo a manera de «homologación», mediante la presentación de una solicitud escrita ante la Dirección General de la Policía. En otras palabras, los agentes que así lo estimen conveniente cuentan con la posibilidad de ingresar al nivel ejecutivo en el primer grado, es decir, como patrulleros; mientras que los suboficiales, de acuerdo con esta escala de equiparaciones, entran a hacer parte del nivel ejecutivo en los cargos de subintendente, intendente, intendente en jefe, subcomisario y comisario.

85. El artículo 21 del citado Decreto 1791 de 2000[118] dispone que los **oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales** de la Policía Nacional «**podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos**»:

- «1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.
6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.
7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.
8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.»

86. tiene entonces que para el ascenso del personal perteneciente a estos cargos es necesario acreditar determinados requisitos generales [119], a saber: (i) cumplir con el tiempo mínimo de servicio exigido para cada grado; (ii) la aptitud psicofísica; (iii) ser llamado a curso; (iv) adelantar y aprobar los cursos de capacitación fijados por el Consejo Superior de Educación Policial y finalmente (v) obtener la clasificación exigida para ascenso.

87. Además, la norma hace una distinción en el sentido de que, tratándose de **oficiales**, se requiere concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; mientras que para **nivel ejecutivo y suboficiales**, se exige concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación. [120]

88. Ahora, en lo concerniente a las **funciones** ejercidas por los oficiales y suboficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010[121], al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994[122], estableció la diferencia entre aquellas, a saber:

«[...] se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. [123]. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones.» (Se resalta).

89. De acuerdo con lo anterior, la Subsección encuentra que existe una relación directa entre el nivel de preparación de los miembros de la Fuerza Pública y el grado que ostentan en la jerarquía correspondiente, de tal manera que ocupar un lugar superior en el escalafón otorga ciertos derechos de **mando y decisión**, frente a aquellos de apoyo atribuidos a los que ocupan un nivel inferior, los cuales no podrían ser desconocidos sin atentar contra el derecho a la igualdad consagrado en la norma superior. Así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-676 de 2001, al decidir una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión «oficial» contenida el artículo 35 del Decreto 1791 de 2000[124].

90. Tal como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional a la que se hizo referencia in extenso de manera precedente, **se establece que entre los diferentes cargos de una escala jerárquica hay razones de índole académico, profesional y de experiencia que, precisamente, justifican la estructura piramidal.**

91. En últimas, para regular las temáticas del ingreso, el ascenso y las funciones del personal de la Fuerza Pública, existe una pluralidad de regímenes jurídicos que no pueden ser equiparados y cuyo diseño, además, correspondió a la libre configuración normativa concurrente entre el Congreso de la República que fija las pautas generales, a través de leyes marco y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios las desarrolla. En este orden de ideas, se tiene que la Ley 4ª de 1992[125] señala en el artículo 2.º los objetivos y criterios que debe acatar el Ejecutivo, entre los que resaltan:

- «i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;
- j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.»

92. El estudio de estos literales muestra que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe obedecer a (i) la jerarquía de los cargos; (ii) el nivel de preparación académico y profesional; (iii) las funciones y responsabilidades; y (iv) las calidades de estos, por lo que es lógico que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones. En consonancia, el artículo 3.º ibídem prevé que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por «la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargo».

93. Lo anterior, permite establecer que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del nivel ejecutivo; y, que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional establecido por el Gobierno Nacional para dicho nivel.

94. Ahora bien, esta Subsección al estudiar un caso de similar naturaleza al que se estudia en esta providencia, en el que se alegaba una discriminación injustificada de los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990,[126] del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, pues a estos últimos se les reconoce el incremento de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990,[127] 68 del Decreto-ley 1212 de 1990[128] y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990,[129] determinó que la naturaleza de los mencionados empleados es distinta, y en tal medida no podían recibir un mismo tratamiento salarial y prestacional.

95. Sobre el particular, manifestó la Sala:

«En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un

critério de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.

Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992»[130]

96. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019[131], al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal[132].

97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no 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», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla, sin que ello desconociera 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 lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[133] como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[134] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[135]

99. En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.

100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado »[136] y, en tal medida, este tercer cargo no prospera.

Decantado entonces el régimen jurídico aplicable al presente litigio, se procederá a relacionar las pruebas más relevantes, para luego proceder con el análisis del caso en concreto.

5.3. Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas relevantes en el trámite del proceso.

1. Petición presentada el 07 de diciembre de 2017, por la apoderada judicial del accionante, y dirigida al Director General de la Policía Nacional, a través de la cual solicitó la

reliquidación y pago del salario, incluyendo el subsidio familiar en un 39% de su salario básico, de manera retroactiva, y desde el 14 de abril de 2012 en un 30% por su cónyuge, desde el 29 de octubre de 2011 en un 5% más por su primer hijo, y desde el 19 de agosto de 2016, por su segundo hijo en 4% adicional. (fls. 29-33)

2. Comunicación N° S-2017-054640/ANOPA- GRUNO- 1.10 de 18 de diciembre de 2017, dirigida a la apoderada del señor Camargo Camargo, y se negó la petición señalada en el numeral 1°, suscrita por el Jefe del Área Nómina de Personal Activo. (fl. 34)
3. Extracto hoja de vida del Patrullero Jaime Camargo Camargo, en la que se evidencia que ingresó como alumno en el Nivel Ejecutivo, desde el 4 de mayo de 2006 al 9 de noviembre de 2006, luego prestó sus servicios en el Nivel Ejecutivo desde el 10 de noviembre de 2006 hasta el 15 de julio de 2019. Su cónyuge es Leidy Johanna Rodríguez Camargo, y sus hijos Nikoll Natalia y Jimmy Alejandro Camargo Rodríguez, con fechas de nacimiento 29 de octubre de 2011 y 19 de agosto de 2016, respectivamente. (fls. 35-40)
4. Registro civil de matrimonio N° 5574122. (fl. 41)
5. Registro civil de nacimiento N° 39772626 de Nikoll Natalia Camargo Rodríguez. (fl. 42)
6. Registro civil de nacimiento N° 54539034 de Jimmy Alejandro Camargo Rodríguez. (fl. 43)
7. Extracto salarial de julio de 2019 del accionante. (fl. 44)

5.4. Caso en concreto

Se encuentra probado en el expediente que el señor JAIME CAMARGO CAMARGO, a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba vinculado en la Policía Nacional, institución estatal a la cual ingresó desde el 4 de mayo del año 2006 como alumno en el Nivel Ejecutivo, e ingresó en el escalafón de la carrera policial en el grado de Patrullero, desde el 10 de noviembre de 2006, hasta el 15 de julio de 2019.

De igual forma se encuentra establecido en el plenario, que la cónyuge del señor Camargo, es la señora Leidy Johanna Rodríguez Camargo, unión de la que han nacido sus hijos Nikoll Natalia y Jimmy Alejandro Camargo Rodríguez, con fechas de nacimiento 29 de octubre de 2011 y 19 de agosto de 2016, respectivamente.

De conformidad con la normatividad transcrita previamente, el grado de Patrullero hace parte del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual está demarcado normativamente de manera independiente, y diferenciado de los Niveles de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, situación por la cual su salario, emolumentos y demás prestaciones sociales, son liquidadas y pagadas conforme el régimen particular aplicable, establecido por el decreto 1091 de 1995, “por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995”.

La aplicación del citado régimen, deviene de la situación legal y reglamentaria con la cual se encuentra vinculado el accionante como Patrullero-Nivel Ejecutivo- encontrándose en una situación de hecho diferente a la de los Oficiales de la Policía Nacional, por lo cual también desempeña funciones y tiene a su cargo responsabilidades disímiles, según la propia organización y jerarquía interna de la Institución.

Así las cosas, de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las diferencias en cuanto al régimen prestacional no riñen con los valores y principios consagrados en la Constitución, sin que sea dable separar su forma de vinculación de los beneficios de los que es titular su núcleo familiar, en otros términos, es precisamente con

ocasión de la vinculación laboral del señor Camargo Camargo, que su familia es acreedora del subsidio familiar.

Visto lo anterior, no se evidencia un trato discriminatorio o desigual que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo, toda vez que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realizó conforme al régimen aplicable al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, de manera que no hay razón para sostener que se vulnera el derecho a la igualdad, pues a los Oficiales de Policía se les reconoce este subsidio, conforme a su propio régimen salarial y prestacional.

Vale recordar que la Fuerza Pública goza de un régimen especial por disposición constitucional, el cual facultó al Congreso para fijar los elementos básicos y al Presidente de la República, para establecer con sujeción a ese marco normativo, la reglamentación, lo cual, en virtud del principio de libertad de configuración para reglamentar lo concerniente a las prestaciones sociales de los miembros del Nivel Ejecutivo y los Oficiales de la Policía Nacional, el trato diferenciado no resulta arbitrario ni injustificado.

Así las cosas no es procedente el test de igualdad propuesto por la parte actora, dado que como lo señaló el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada en precedencia, de los regímenes aplicables a los Oficiales y al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, no pueden desprenderse igualdad de condiciones, pues cada régimen establece las condiciones específicas para sus integrantes, razón por la cual no se ha desconocido ningún derecho fundamental al accionante y su núcleo familiar que traiga como consecuencia la aplicación de la excepción de constitucionalidad solicitada, y en consecuencia no puede predicarse que deban ser aplicadas las particularidades del subsidio familiar del régimen de los Oficiales de Policía, al del Nivel Ejecutivo.

Por las consideraciones anotadas en precedencia, se encuentran configuradas las excepciones de fondo planteadas por la defensa de la entidad demandada, en tanto que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a la Constitución y la Ley, y fue expedido con total respeto del principio de legalidad, toda vez que el Decreto 1091 de 1995, claramente establece en el parágrafo de su artículo 15, que el subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Corolario de lo expuesto, no le asiste razón a la parte actora respecto del derecho a la reliquidación de su asignación básica mensual, teniendo en cuenta los porcentajes aplicables al régimen de los Oficiales de la Policía Nacional, para el pago del subsidio familiar y, en consecuencia, se negarán las pretensiones.

5.5. Costas.

Para el presente asunto, el Juzgado acoge la postura del Consejo de Estado que mediante sentencia del 19 de enero de 2017, dentro del proceso con radicación N° 54001-23-33-000-2012-00180-1 (1706-2015) Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, resolvió no condenar en costas, bajo las siguiente argumentación:

“La Sala difiere de la interpretación objetiva que el a quo dedujo del artículo 188 del CPACA, esto es, imposición de condena costas de pleno derecho a la parte vencida, sin más consideraciones, tal como acontece en la actividad procesal propia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, en virtud del mandato contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

(...)

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

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.”

Por lo expuesto y en consideración a que la conducta procesal de la parte actora no amerita cuestionamientos, el Despacho dispone no condenar en costas a la parte vencida.

Por lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por JAIME CAMARGO CAMARGO, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, de conformidad con los motivos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: NO condenar en costas, por lo expuesto.

TERCERO: En firme esta decisión, ARCHIVAR el expediente dejando las constancias y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c033ed4d88eb00e2a0ef30f0e736958347040d68cf2b6fdf381c9bcc9e3d62eb

Documento generado en 26/03/2021 03:33:48 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**