REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
SALA DE ORALIDAD
M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	73001-33-33-004-2019-00421-01
Demandante:	Robinson Castro Mondragón
Apoderado:	Julián Andrés Troncoso Rodríguez[1]
Demandado:	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Apoderado:	Daniel Alberto Manjarres Diaz
Tema:	Reliquidación asignación de retiro - subsidio familiar

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTENCEDENTES

1.1. La demanda

El señor Robinson Castro Mondragón[2], en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en adelante Casur, para que se acojan las declaraciones y condenas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se inaplique por inconstitucional e invonvencionales las siguientes normas: parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 49 de igual decreto, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.

---

[1] Pendiente reconocer personería.

[2] Por intermedio de apoderado.

Se declare la nulidad del acto ficto originado de la petición elevada el 20 de mayo de 2019 bajo el radicado 00001-201924628 Id 436073, tendiente a obtener el reajuste de la asignación de retiro por inclusión del subsidio familiar como partida computable de liquidación.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro como partida computable de liquidación, equivalente al 39% del sueldo básico, distribuido así: 30% por la cónyuge, 5% por el primer hijo y 4% por el segundo hijo, con efectos a partir del 14 de diciembre de 2018, fecha de retiro del servicio.

Se ordene a la demandada el pago de *"(…) los dineros 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."* (sic).

Se disponga que el fallo que ponga fin a este proceso se cumpla en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 del CCA (sic).

1.1.2. Hechos

En relación con las pretensiones de la demanda, se dejaron anotadas las siguientes circunstancias fácticas:

El señor Robinson Castro Mondragón ingresó a la Policía Nacional en el año 1999 en la categoría de nivel ejecutivo.

El régimen prestacional que regía en su caso era el previsto en el Decreto 1091 de 1995, del cual se advierte que el subsidio familiar no es salario ni se computa como factor del mismo en ningún caso, inclusive en la asignación de retiro.

En su criterio es inconstitucional que el mentado decreto excluya el subsidio familiar como partida computable de liquidación en prestaciones como la asignación de retiro, por eso elevó petición ante Casur reclamando el reajuste de esta última prestación teniendo en cuenta como partida de liquidación el subsidio familiar, la cual no fue resuelta dentro de los tres meses siguientes a su presentación.

Actualmente la asignación de retiro se reconoce y paga en un 77% de lo devengado por un intendente de la Policía Nacional en servicio activo, pero sin tenerse en cuenta el subsidio familiar como partida computable de liquidación.

1.2. Contestación de la demanda

Casur a través de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que el subsidio familiar no es partida computable en la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional beneficiario del régimen prestacional dispuesto en el Decreto 1091 de 1995, el cual

categóricamente establece que tal contraprestación no es salario ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Mencionó que en virtud al mismo decreto el subsidio familiar quedó excluido de la base de liquidación de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales.

Anotó que la asignación de retiro reconocida al actor se liquidó conforme al estatuto vigente para la fecha en que cesó en el servicio activo, luego, es improcedente determinar el monto de la misma con base en otra norma.

Formuló la excepción que denominó *"inexistencia del derecho"*.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, negó las pretensiones de la demanda, argumentando básicamente que van en contravía del principio de inescindibilidad de la norma.

Indicó que, si bien el régimen laboral del nivel ejecutivo no contempló algunas de las prestaciones señaladas dentro del régimen laboral y prestacional del nivel de agente de la Policía Nacional, en conjunto, las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, previsto en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de agentes de la Policía Nacional en el Decreto 1213 de 1990.

Mencionó que, así las cosas, pese a que en el régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo no se contempló el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, lo cierto es que en dicho régimen se incluyeron como partidas computables otras partidas como el sueldo básico; la prima de retorno a la experiencia; el subsidio de alimentación; la duodécima parte de la prima de servicio; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la duodécima parte de la prima de navidad devengada, lo que en conjunto arroja una asignación de retiro muy superior a lo que se reconoce en el grado de agente.

Refirió que en consecuencia no puede pretender el demandante ser beneficiario de un régimen mixto integrado por la asignación salarial del nivel ejecutivo y los factores salariales y prestacionales del Decreto 1213 de 1990, en la medida que se estaría contrariando el principio de inescindibilidad de la ley, máxime si se tiene en cuenta que el aquí demandante, desde que inició a prestar sus servicios a la Policía Nacional, según lo indica su hoja de servicios, lo hizo bajo el régimen del nivel ejecutivo.

Insistió en que al accionante no le asiste derecho a la aplicación del Decreto 1213 de 1990 que regula el régimen laboral y prestacional del grado de agente de la Policía Nacional, dado que no es posible aplicar de manera fraccionada cada uno de dichos regímenes en su beneficio.

1.4. Recurso de apelación

La apoderada de la parte actora manifestó no estar de acuerdo con el fallo de primera instancia por las siguientes razones:

> *"(…) existe una seria falencia por parte del fallador de primera instancia al resolver el caso en cuestión, esto debido a que, tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia de mi poderdante.*
>
> *Teniendo en cuenta lo anterior, debe recordar este togado que, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado "Juicio Integrado de Igualdad".*
>
> *Nótese que la sentencia de primera instancia no hace referencia siquiera minúscula a dicha figura, situación extraña ya que, en los alegatos de conclusión se realizó tal aseveración. Lo cual trae consigo una falta de interpretación judicial, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.*
> *(…)*
>
> *(…) uno de los argumentos fuertes utilizados por el A-quo fue la inescindibilidad, por lo cual es necesario observar la calidad de esta figura jurídica, es decir, si estamos frente a un principio o una regla.*
>
> *Para estos efectos respetuosamente me permito afirmar que la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los 380 artículos de la Constitución Política de Colombia del año 1991, pero si está consagrada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo (…)*
>
> *Nótese que la fuente de la inescindibilidad es de carácter legal, y teniendo en cuenta que estamos frente a una consecuencia jurídica directa y específica, bajo la estructura normativa trasliterada, no cabe la menor duda que se trata de una regla.*
>
> *Su señoría, partiendo de lo anterior, se debe tener en cuenta LA EXISTENCIA DE UN SERIO CONFLICTO ENTRE UNA REGLA LEGAL COMO LO ES LA INESCINDIBILIDAD DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO LOS SON LA IGUALDAD, FAMILIA E INTERÉS DEL MENOR, ACLARANDO QUE ESTOS DERECHOS POSEEN UNA DOBLE DIMENSIÓN, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL, YA QUE DE SU ESTRUCTURA NORMATIVA SE EXTRAE LA GENERALIDAD Y ÁMBITO AMPLIFICADOR.*
>
> *Su señoría, si descendemos al articulado constitucional, se detecta con suficiente claridad 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.*

Partiendo de lo anterior, y teniendo en cuenta que se solicita la protección de derechos constitucionales, solicito respetuosamente a su señoría aplicar lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Nacional de Colombia (…)

Ahora bien, teniendo en cuenta la sentencia emitida por el A-quo, se manifiesta que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio, por lo cual, con mi debido y acostumbrado respeto anuncio mi completo desacuerdo con tal posición, ya que la función de la Honorable Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional, más cuando la diferencia entre regla y principio es clara, y no depende de interpretación de la norma sino de la estructura de la misma.

Ahora bien, en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, no cabe duda que entonces estaríamos frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que, existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente:

¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?

(…)

Ahora bien, no es de recibo para el suscrito profesional la aseveración lanzada por el despacho cuando anuncia que el régimen salarial de mi poderdante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo.

Sin embargo, tal y como se adujo en la demanda, es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar, teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, de conformidad con las sentencias T-942 del año 2014 y T-623 del año 2016, no es constitucionalmente valido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando LAS FAMILIAS (TITULARES DE LA PREBENDA) son los directamente afectados, en caso contrario, se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección por parte del estado que las familias del los miembros del Nivel Ejecutivo, si es así, solicito respetuosamente al despacho aducir los motivos que inspirarían tal situación.

Honorables magistrados, con mi debido y acostumbrado respeto me permito afirmar al honorable despacho que la tesis sostenida por el fallador inicial posee sustento jurídico y jurisprudencial, por lo cual se respeta tal sentido judicial, sin embargo, debo manifestar que la sentencia adolece de un profundo

vicio de congruencia procesal, toda vez que, tal y como se detecta de la lectura de la sentencia, la providencia no realiza el debido análisis de los elementos que fueron ampliamente expuestos en el libelo inicial, así mismo, tampoco se edificó un estudio jurisprudencial de las líneas trazadas por el Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el A-quo no observó los elementos que componen el Subsidio Familiar en Colombia, y los motivos diferenciadores que inspiran la afirmación que: si bien es cierto es una prestación periódica, se debe tener en cuenta que su esencia y sustancia permiten excluir su análisis con respecto de las demás partidas que hagan parte del salario del trabajador, en especial por su finalidad y ámbito de aplicación.
(…)

Respetado Tribunal, téngase en cuenta que el subsidio familiar es un reconocimiento que NO TIENE QUE VER CON LA CATEGORIA, FUNCIONES, INGRESO, JERARQUIA O ELEMENTOS DE LOS UNIFORMADOS, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando el hecho que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda, subrayo este hecho nuevamente porque el fallador inicial no lo tuvo en cuenta.
(…)

También el despacho manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte de mi cliente fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría policial, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral.

Su señoría, lo anterior desde una óptica legal sería válido, sin embargo, el suscrito profesional considera constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON IRRENUNCIABLES, INHERENTES AL SER HUMANO E INTRANSFERIBLES, es necesario manifestar que, así mi poderdante conociera el sistema laboral que lo iba gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.
(…)

Por otra parte, el despacho consideró negar las pretensiones de la demanda en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario.
(…)

Honorable despacho, esta posición sería loable ya que protege los intereses del estado, sin embargo, la jurisprudencia constitucional (C-258 de 2013) anuncia la imposibilidad de justificarse en la sostenibilidad fiscal para trasgredir derechos fundamentales, así mismo, aduce que dicha figura no es un principio, de igual forma, el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia anota con suficiente claridad que no es posible limitar o coartar derechos fundamentales en razón a la sostenibilidad fiscal.
(…)

Honorables magistrados, conclusión es: los derechos fundamentales priman y prevalecen sobre el eje orientador constitucional de sostenibilidad fiscal.
(…)

El fallador inicial, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el plenario, observa cuál es el salario que percibe mi poderdante, el cual, para la fecha de la presentación de la demanda era un valor considerable, por ende no es procedente el reconocimiento pretendido a título de subsidio familiar, ya que, tal y como se verifica en la jurisprudencia constitucional y en la Ley 21 de 1982, dicha prebenda es para los trabajadores de menores y medianos ingresos, y desde la óptica del juez, mi poderdante es una persona que no se puede considerar de bajos ingresos.

Su señoría, nótese cómo el fallador inicial emite una aseveración sin fundamento que así lo sustente, es decir, manifiesta que se trata de una persona de ingresos altos sin observar cuál es el criterio que evidencie quién se considera una persona de ingresos altos, eso traduce un defecto sustantivo directo.

En primer término, se podría considerar que sí se trata de una persona de ingresos altos, sin embargo, esto no es cierto desde la óptica jurisprudencial, ya que de conformidad con las sentencias C-1433 del año 2000 y C-1064 del año 2001, providencias que fijaron regla jurisprudencial, donde se manifiesta que los empleados públicos de ingresos altos son los que superan el promedio ponderado de los salarios de los empleados públicos del sector central colombiano, por el contrario, los que están por debajo de este promedio, se consideran de ingresos bajos.

Su señoría, partiendo de lo anterior, no puede ser discrecionalidad del juez manifestar quién es un empleado de ingresos altos, ya que debe existir prueba de lo anterior para ello, y como en el caso bajo examen no reposa prueba del mismo, es necesario aplicar el principio pro operario, el cual traduce que en el evento que exista duda laboral debe resolverse a favor del trabajador.

Ahora bien, respetado Tribunal, si el subsidio familiar debe reconocerse a los empleados de bajos ingresos, POR QUÉ LOS OFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL PERCIBEN HASTA UN 47% A TÍTULO DE SUBSIDIO FAMILIAR,

teniendo en cuenta que son las personas que mejor y mayor salario perciben en la institución, situación verificable en el artículo 1 del decreto 1002 del año 2019.
(…)

Ahora bien, el despacho manifiesta que, si se está en desacuerdo con los decretos que establecen el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio de control a ejercer para detentar dicha disconformidad, por lo cual es necesario ejercer la acción de nulidad simple ante el Honorable Consejo de Estado con la finalidad que este órgano verifique si las normas contienen vicio alguno.

Su señoría, con mi debido y acostumbrado respeto me permito manifestar que reprocho la afirmación lanzada por el despacho, ya que, 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 de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía.
(…)

Efectivamente existen sentencias emitidas por el Honorable Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, es necesario tener en cuenta que la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen (…)

Por lo anterior, surge la necesidad de aplicar el juicio integrado de igualdad bajo criterios de razonabilidad entre las familias de los uniformados de la Policía Nacional, para así identificar si existe transgresión del derecho a la igualdad de la familia de mi poderdante.
(…)

Así mismo, es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia, esto de forma integral, es decir, detectando líneas en el tiempo diseñadas por las altas cortes, y observando cuáles limitantes se han impuesto y cuál margen de protección constitucional, de igual forma, verificando cómo la Honorable Corte Constitucional ha estudiado esta prebenda legal.
(…)

Su señoría, con todo respeto le repito, no es capricho de este defensor del sistema constitucional presentar este medio de control, ya que resulta evidente la desigualdad injustificada que se presenta en el reconocimiento del subsidio familiar en el sistema laboral de la fuerza pública, es por ello que con todo respeto solicito a su honorable despacho se concedan las suplicas de la demanda.
(…)

Se observa que el A-quo condenó en costas a la parte vencida, anotando el cambio legal que refleja la aplicación de un carácter objetivo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, es necesario manifestar que dentro del proceso la entidad accionada no probó la causación de las costas, por ende, no es aplicable la imposición de las mismas.
(…)

Existe una línea jurisprudencial que al unísono predica la imposibilidad de condenar en costas a las partes del litigio cuando no aparezca prueba que convalide la causación de las mismas." (sic) (Mayúsculas sostenidas del texto original)

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problemas jurídicos a resolver en segunda instancia

De acuerdo al marco de la apelación, le corresponde a la Sala determinar si resulta procedente con fundamento en el principio de igualdad, ordenar a la entidad demandada reconocer al demandante el subsidio familiar en el mismo porcentaje en que dicho emolumento es reconocido a los demás miembros de la Fuerza Pública y reliquidar la asignación de retiro que percibe incluyendo el mencionado subsidio como partida computable para establecer la base de liquidación de la aludida prestación pensional.

Además, deberá dilucidar si era procedente condenar en costas a la parte demandante por resultar vencida en primera instancia.

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la decisión recurrida en razón a que el demandante en su calidad de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar que perciben otros miembros retirados de la institución, como los oficiales, suboficiales y agentes, toda vez que atender aquello, contraría el principio de inescindibilidad de la norma, conforme pasa a explicarse.

Adicional a lo anterior, se tiene que aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, el Consejo de Estado ha concluido que ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.[3]

Ahora, como la normativa aplicable sobre la materia (Decreto 4433 de 2004 art. 23), no enlista el subsidio familiar reclamado, pues no es dable su inclusión en la base de liquidación de la asignación de retiro, así haya sido percibida en actividad.

En cuanto a la disconformidad de que el Juez condenó en costas a la parte demandante pese a que no se acreditó su causación, se desvirtúa con la revisión del expediente en que se advierte que la parte accionada intervino en cada una de las etapas procesales que le correspondía hacerlo, luego, contrario a lo dicho por el recurrente, sí se aprecia la causación de agencias en derecho, ya que la entidad debió constituir apoderado para efectuar defensa técnica frente a la reclamación de un derecho abiertamente carente de sustento legal.

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Hechos probados

Para la Sala, merece plena credibilidad la documental aportada, en la medida en que fue arrimada al proceso oportunamente por las partes y en ningún momento fue desconocida o tachada, razón por la cual se itera, tiene pleno valor probatorio. De acuerdo al referido sustento documental, este Juez Plural encuentra probados los siguientes fundamentos fácticos:

- El señor Robinson Castro Mondragón ingresó a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo el 25 de febrero de 1998, luego se incorporó como

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de tutela del cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(Ac), Actor: Higinio Avilez Gutiérrez.

miembro de la entidad en el nivel ejecutivo, desde el 25 de febrero de 1999 hasta el 14 de diciembre de 2018 (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 006. CASUR EXPEDIENTE ROBINSON - página 2).

- Casur a través de la Resolución 1957 del 08 de abril de 2019 le reconoció asignación mensual de retiro equivalente al 77% del sueldo básico y de las partidas legalmente computables, efectiva a partir del 14 de marzo de 2019 (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 006. CASUR EXPEDIENTE ROBINSON - páginas 11 a la 12).

- La prestación se liquidó teniendo en cuenta como partidas computables el sueldo básico, la prima de retorno a la experiencia, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima vacacional, el subsidio de alimentación y la prima del nivel ejecutivo (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 006. CASUR EXPEDIENTE ROBINSON – página 10).

- El 20 de mayo de 2019 elevó petición ante Casur solicitando el reajuste de su asignación de retiro por inclusión del subsidio familiar (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019-00421 – páginas 29 a la 31).

- De acuerdo con los registros civiles de matrimonio y de nacimiento que reposan en el expediente, se tiene que Robinson Castro Mondragón es esposo de Mónica Marcela Guzmán Ramírez y el padre de Juan David Castro Guzmán y Samuel Andrés Castro Guzmán (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019-00421 – páginas 38, 40 y 42).

- Según hoja de servicios de Robinson Castro Mondragón, en actividad éste devengó las siguientes contraprestaciones económicas: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, prima de navidad, prima de servicios, prima vacacional, subsidio de alimentación, prima del nivel ejecutivo y subsidio familiar (expediente electrónico - carpeta expediente juzgado - archivo 001. CUADERNO PRINCIPAL 2019-00421 – página 34).

2.4.2. Marco normativo y jurisprudencial sobre el régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional

La Ley 4ª de 1992, fijó las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de la Fuerza Pública.

Luego, a través de la Ley 180 de 1995, el legislativo revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para desarrollar la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Con fundamento en lo anterior, el presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, por el cual desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y en su artículo 15 determinó que el personal que ingresara al nivel ejecutivo de la Policía Nacional "*se sometería al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional"*.

El Consejo de Estado[4] ha definido de forma pacífica y reiterada, entre otras cosas, que:

-. Los miembros del nivel ejecutivo no tienen derecho a que se reliquide su asignación de retiro con la inclusión de las primas señaladas en el Decreto 1213 de 1990 para los suboficiales de la Policía Nacional.

-. Para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se deben incluir las partidas computables señaladas en el artículo 23, ordinal 23.2 del Decreto 4433 de 2004, sin que sea posible incluir dentro de la misma las partidas, subsidios, prestaciones y demás bonificaciones que fueron disminuidas o dejadas de percibir, con ocasión de la homologación que se encuentran señaladas en el Decreto 1213 de 1990.

Así, la disposición que se ocupa de determinar las partidas computables para establecer el monto de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, es la prevista en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, el cual reza:

> *"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: (...)*
>
> *23.2 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"*

[4] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de marzo de 2018 Número de radicación 25-000-23-42-000-2013-05183-01. C. P. William Hernández Gómez; ii) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, número de radicación 25-000-23-25-000-2011-00696-01. C. P: Sandra Lisset Ibarra Vélez; iii) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 31 de enero de 2018, número de radicación 25000232500020110100601. C.P. César Palomino Cortés.

2.4.3. El subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en virtud al principio de igualdad

En este punto lo primero es anotar que el personal de la Policía Nacional no se encuentra en las mismas circunstancias fácticas que los demás integrantes de la Fuerza Pública, debido a que gozan de especiales particularidades (como el grado de responsabilidad en el desempeño de las actividades castrenses), de manera que no resulta injustificado un tratamiento prestacional diferenciado entre ellos. Al respecto, la Corte Constitucional[5] dijo:

> *"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. 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****. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes [se destaca]."*

En atención a lo expuesto en la citada providencia, la misma Corporación, en la sentencia de 25 de noviembre de 2019[6], precisó:

> *"[…] 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.° 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».*
>
> *[…]*

[5] Sentencia C-57 de 2010, C. P. Mauricio González Cuervo.
[6] Sección segunda, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expedientes acumulados 11001-03-25-000-2014-00186-00 (0444-2014) y 11001-03-25-000-2014-01554-00 (5008-2014).

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[7] 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,[8] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[9]

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."

Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.[10]

La anterior conclusión es avalada por sendas providencias del Consejo de Estado emitidas en sede de tutela, una de las más recientes es la proferida por la Sección Quinta, el 20 de agosto de 2020, radicado 11001-03-15-000-2020-02787-00, con ponencia del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, mediante la cual se falló un caso con similares supuestos fácticos y jurídicos al presente, cuyo accionante era el señor Hans Alexander Villalobos Díaz, quien consideró vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión de la sentencia de única instancia del 25 de noviembre de 2019, que negó las pretensiones que invocó en el proceso de nulidad simple con radicación 11001-0325-000-2014-01554-00, acumulado al expediente 11001-03-25-000-2014-00186-00, tendiente a que se declarara la nulidad del parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que el precepto del subsidio familiar vulneraba el derecho a la igualdad de los destinatarios. En esta oportunidad se concluyó:

---

[7] *«Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.»*

[8] *«Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.»*

[9] *«Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.»*

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de tutela del cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(Ac), Actor: Higinio Avilez Gutiérrez.

"(…) la conclusión a la que llegó la demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues según afirmó, 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, y así mismo se consagre un salario más benevolente.

De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, 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»."

2.4.4. Principio de inescindibilidad de la norma

El aludido principio en materia laboral se encuentra consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo que señala:

> *«[…] NORMAS MAS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad […]».* (Se subraya).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[11] expresó que este principio consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales debe regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

A su vez, nuestro órgano de cierre[12] en reiterada jurisprudencia ha señalado que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Textualmente, manifestó:

---

[11] Ver entre otros: i) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto de 13 de junio de 2017, radicación 11001-03-06-000-2017-00021-00; ii) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de julio de 1997, radicación 0992.

[12] Ver entre otras: i) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016, número interno 3420-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2008, número interno 1371-2007; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2008, número interno 3021-2004.

"(…) El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido (…)".

Esta postura concuerda con la sostenida por la Corte Constitucional[13] que al respecto:

"(…) La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (…)" (Se subraya).

De lo anterior se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

[13] Ver entre otras: i) sentencia C-168 de 1995, ii) sentencia T-832 A de 2013.

Por otra parte, la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y en ese sentido se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro.

En el caso de los miembros de la Policía Nacional, el régimen salarial y prestacional específicamente de los agentes estaba previsto en el Decreto 1213 de 1990. Por su parte, el Decreto 1212 de 1990 consagraba el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los suboficiales.

Posteriormente, con la creación del nivel ejecutivo de la Policía Nacional los agentes y suboficiales de dicha institución tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a dicho régimen, conforme a los artículos 12 y 13 del Decreto 132 de 1995 en los siguientes términos:

> *"(…) ARTÍCULO 12 INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, 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 y Sargento Viceprimero, al grado de Intendente.*
> *3. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;*
> *4. Sargento mayor, al grado de Comisario.*
>
> *PARÁGRAFO 1o. Una vez se ingrese al Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se exigirá el título de bachiller, como requisito para ascensos posteriores, de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. El tiempo de servicio que exceda del tiempo mínimo del grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional a que ingrese, se le abonará para ascender al grado inmediatamente superior. En todo caso el ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*
>
> *ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO.*
>
> *Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *1. Solicitud escrita a la Dirección General de la Policía Nacional.*

2. Acreditar el título de bachiller en cualquier modalidad.
3. Evaluación y concepto favorable del Comité de Evaluación del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 1o. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2o. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1, 2, y 3 de este artículo […]».

A su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que fijara el Gobierno Nacional sin que pudieran ser desmejorados o discriminados en su situación laboral. Por lo cual, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992[14] se expidió el Decreto 1091 de 1995[15] que reguló el salario y prestaciones de ese personal.

En las anteriores condiciones, se considera que en virtud del principio de inescindibilidad de las normas, los agentes y suboficiales que se homologaron de manera voluntaria al nivel ejecutivo de la Policía Nacional con el cumplimiento de los requisitos en los artículos 12 y 13 del Decreto 132 de 1995, se acogieron al régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 1091 de 1995, **sin que sea factible agregar o determinar derechos más beneficiosos que se encontraran en los regímenes salariales y prestacionales de los Decretos 1212 y 1213 ambos de 1990, de lo contrario, se quebranta el principio de inescindibilidad de las normas**.

Por tanto, no se presenta conflicto o duda alguna sobre la aplicación de varias normas o regímenes, toda vez que como se arguyó anteriormente, los salarios y prestaciones de los miembros del nivel ejecutivo se encuentran regulados de manera íntegra en el Decreto 1091 de 1995. Por el contrario, los agentes y suboficiales que no optaron por la homologación continuaban cobijados por los Decretos 1213 y 1212 ambos de 1990, respectivamente.

Ahora, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre controversias similares y ha concluido, en reiteradas providencias[16] que el régimen

[14] «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».
[15] «Por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional».
[16] 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,

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, sostiene, no se puede entender que hubo vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial a los homologados. Así se refirió en una de tantas sentencias:

> *"Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.*
>
> *Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*
>
> *Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala*[17] *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".* [18]

2.4.5. Solución a los problemas jurídicos

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).

[17] Esta cita hace parte del texto trascrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

[18] 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).

Primer problema jurídico: ¿resulta procedente con fundamento en el principio de igualdad, ordenar a la entidad demandada reconocer al demandante el subsidio familiar en el mismo porcentaje en que dicho emolumento es reconocido a los demás miembros de la Fuerza Pública y reliquidar la asignación de retiro que percibe incluyendo el mencionado subsidio como partida computable para establecer la base de liquidación de la aludida prestación pensional?

De acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas, lo primero es colegir que el demandante al ser beneficiario del régimen prestacional del personal del nivel ejecutivo no le es dable la aplicación de otro régimen como el de los oficiales, suboficiales y agentes, dado que en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, éste no puede favorecerse de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conllevaba la aceptación y sometimiento a las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales para el mismo.

Ahora, la aplicación de uno u otro régimen no vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que éstos tienen bases salariales diferentes, primas, subsidios, bonificaciones y otros emolumentos propios de cada uno de ellos, y no puede, como lo pretende el recurrente, acudirse a las partidas de un régimen (el de suboficiales) para liquidar la prestación de retiro de quien pertenece a otro (el del nivel ejecutivo), pues ello, como ya se anotó, iría en contra del principio de inescindibilidad de la norma.

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

Así las cosas, la disposición que fija las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, en este caso, es la prevista en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, así, la Sala revisará si allí se enlista el subsidio familiar, a que se refiere el recurrente. Veamos:

Partidas computables en la asignación de retiro del nivel ejecutivo (numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004).	**Factores devengados por el demandante**	**Partidas incluidas en la liquidación de la asignación de retiro del demandante**
- Sueldo básico. - Prima de retorno a la experiencia. - Subsidio de alimentación. - Duodécima parte de la prima de servicio. - Duodécima parte de la prima de vacaciones. - Duodécima parte de la prima de navidad devengada,	- Sueldo básico. - Prima de retorno a la experiencia. - Subsidio de alimentación. - Prima de servicios. - Prima de vacaciones. - Prima de navidad.	- Sueldo básico. - Prima de retorno a la experiencia. - Subsidio de alimentación. - Prima de servicios. - Prima de vacaciones. - Prima de navidad.

liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.	- Subsidio familiar.	

Como se aprecia del cuadro anterior, el subsidio familiar no es una partida computable para establecer el monto de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo, por consiguiente, sobre este aspecto tampoco le asiste razón al recurrente, por cuanto al demandante no lo acoge el derecho a que su asignación de retiro sea reajustada con inclusión del subsidio familiar.

Adicional a lo anterior, se insiste que aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, el Consejo de Estado ha concluido que ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.[19]

Señaló el recurrente que el *a quo* erróneamente aseguró que el régimen salarial del aquí demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, pero se advierte que no fue ésta la aseveración de la primera instancia, ya que lo que se dijo en la decisión apelada es que "si bien el régimen laboral del nivel ejecutivo no contempló algunas de las prestaciones señaladas dentro del régimen laboral y prestacional del nivel de agente de la Policía Nacional, en conjunto, las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, previsto en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de agentes de la Policía Nacional en el Decreto 1213 de 1990", lo cual es concordante con lo dicho por el Consejo de Estado al analizar el régimen laboral y prestacional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, al que llegó a la misma conclusión[20].

También indicó la parte actora que otra razón de la primera instancia para negar el reajuste de la asignación de retiro por inclusión del subsidio familiar es que el demandante percibía ingresos considerables que nulita la posibilidad de inclusión de tal contraprestación, por estar concebida para trabajadores de menores y medianos ingresos, y en su apreciación, el Juez señaló que no se podía considerar a aquel como trabajador de bajos ingresos y por eso negó sus pedimentos, lo cual es impreciso, como quiera que el eje central de la decisión es que el accionante no puede beneficiarse de un régimen prestacional que está fuera de su jerarquía, del nivel de preparación académico y profesional exigido para su ingreso, de las

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de tutela del cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(Ac), Actor: Higinio Avilez Gutiérrez.

[20] 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).

funciones y responsabilidades del cargo, entre otros aspectos, y como quiera que el régimen que lo cobija no establece el subsidio familiar como partida computable de liquidación para establecer el monto de la asignación de retiro, pues carece de sustento legal su inclusión.

De otro lado, el recurrente señaló que en este asunto era necesario que se aplicara el juicio integrado de igualdad bajo criterios de razonabilidad entre las familias de los uniformados de la Policía Nacional, para así identificar si existe transgresión del derecho a la igualdad, lo cual no resulta de recibo por las mismas razones expuestas respecto a la diferencia de regímenes salariales y prestacionales al interior de la Fuerza Pública, y es que no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones, como supuesto necesario para que se predique la violación del derecho a la igualdad. En este caso, para que el test de igualdad superar el supuesto de hecho sería del caso comparar los grupos familiares del mismo nivel, es decir, los del nivel ejecutivo, y es claro que no es lo pedido por la parte actora.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019[21] explicó que la invocación de la vulneración al principio de igualdad, entre otros, ha sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro.

Por ello, en tal providencia, en que se procedió a verificar dicha hipótesis, acudiendo al test de igualdad para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, adujo el Consejo de Estado que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad automática, pues existen medidas que otorgan un trato desigual, basadas en circunstancias objetivas y razonables, que se ajustan a la Constitución.

Aseguró la apoderada del actor que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, ya que su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes cualquiera de los elementos enunciados para negarse su reconocimiento en la base de liquidación de la asignación de retiro. La Sala de entrada advierte que tampoco se acoge este razonamiento ya que la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado viene siendo enfática en dejar sentado que es el legislador el que fija la base para liquidar pensiones y asignaciones de retiro, entre otras prestaciones, como quiera que es la posición que más se acompasa a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, además de ser acorde al marco general de la política macroeconómica y fiscal del país. Entonces, como la normativa aplicable

[21] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19.

sobre la materia (Decreto 4433 de 2004 art. 23), no enlista el subsidio familiar reclamado, pues no es dable su inclusión en la base de liquidación de la asignación de retiro, así haya sido percibida en actividad.

Por todo lo antes expuesto, se despachan desfavorablemente los cargos formulados por el recurrente tendientes a revocar la decisión de primera instancia que negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante por inclusión del subsidio familiar como partida computable de liquidación.

Segundo problema jurídico: ¿se debió condenar en costas a la parte demandante por resultar vencida en primera instancia?

El recurrente argumenta que no debió ser condenado en costas porque no se probó su causación, como presupuesto *sine qua non* para su procedencia.

De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, en sentencia proferida el 01 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

> *"(...) 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*." (Subrayado fuera del texto)

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia del 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

> *"(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)".*

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

En este asunto, de acuerdo a la providencia recurrida, el Juez condenó en costas a la parte demandante, lo cual resulta razonable puesto que la entidad demandada debió desplegar toda una defensa técnica a través de apoderado judicial para oponerse al reconocimiento de un derecho carente de sustento legal. De la revisión del plenario se advierte que la parte accionada intervino en cada una de las etapas procesales que le correspondía hacerlo, luego, contrario a lo dicho por el recurrente, sí está acreditada, por ejemplo, la causación de agencias en derecho, así que bajo este supuesto habría lugar a la condena en costas.

Además de lo antes expuesto, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adiciona el artículo 188 del CPACA, establece que, en todo caso, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que ocurrió en el presente asunto, ya que los pedimentos del actor fuera de que no encuentran sustento en norma legal, también han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y se ha concluido, casi de manera pacífica, que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional no tiene derecho a que en su asignación de retiro se incluya una partida que no tuvo en cuenta el legislador solo porque otros miembros de la Fuerza Pública si lo perciben, como ocurre con el subsidio familiar.

Así las cosas, se concluye que tampoco tiene razón el recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Ahora, vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

2.5. Decisión de segunda instancia

De acuerdo a las respuestas dadas a los problemas jurídicos, la Sala encuentra méritos para confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que no le asiste razón al recurrente, primero, en cuanto a que se debe reajustar su asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar, y segundo, en punto a que no era procedente la condena en costas.

2.6. Costas y agencias del derecho

No se condenará a la parte recurrente en costas de segunda instancia, toda vez que, aunque el recurso de apelación le fue desfavorable, se advierte que la entidad demandada no ejerció actuación alguna en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados:

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA