

ASIGNACIÓN DE RETIRO – Régimen aplicable al personal ejecutivo de la Policía Nacional / ASIGNACION DE RETIRO – Reliquidación con factores previstos para los agentes de la Policía Nacional / RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DIFERENTE AL PREVISTO PARA LOS OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES Y PARA EL NIVEL EJECUTIVO – Homologación

Se puede afirmar 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 que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral. [...] En el *sub judice* no es posible hacer una interpretación factor por factor, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (Congreso de la República) y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995]. Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas respecto de la condición de agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales. [...] Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el *sub examine*, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1 de agosto de 1995, y estuvo vinculado hasta el 13 de julio de 2013, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que solo el 22 de octubre de 2013 presentó petición para que le fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990]. Ahora bien, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de suboficial, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de agosto de 1995. [...] Quienes se acogieron al Nivel Ejecutivo vieron aumentados sus ingresos, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. [...] Es evidente para la Sala que la parte accionante se benefició ampliamente al cambiar del rango de agente al del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador. Por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el accionante reclama precisamente porque corresponden al régimen de agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01926-01(1898-16)

Actor: CARLOS ALBERTO CASTRILLÓN YEPES

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede la Sala de Subsección a dictar sentencia escrita, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de enero de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento, el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes solicitó que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en los oficios 5305/GAG-SDP de 13 de diciembre de 2013 y 19073/GAG SDP de 8 de agosto de 2014, por medio de los cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante CASUR) le negó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo todas las partidas establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

¹«**Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).».

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la entidad demandada a reliquidar la asignación de retiro, teniendo en cuenta su grado y las partidas establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990; el reajuste de la asignación año por año, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada.

Igualmente solicitó que todas las sumas reconocidas sean pagadas debidamente indexadas; se le reconozcan los intereses moratorios sobre los dineros dejados de pagar desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la providencia como lo disponen los artículos 192 y 195 del CPACA y se condene a la entidad en costas y agencias en derecho.

Los **hechos** que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

El señor Carlos Alberto Castrillón Yepes ingresó a la Policía Nacional el 20 de enero de 1986. Durante su vinculación le fueron reconocidos y pagados mensualmente las primas de antigüedad y de actividad y el subsidio familiar, como lo disponen los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Mediante Resolución 012288 del 1 de agosto de 1995, fue homologado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de subintendente.

El 3 de abril de 2013, fue retirado del servicio activo en el grado de intendente jefe, por lo que CASUR le reconoció asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1856 de 2012, por lo que no incluyó como partidas computables las primas de actividad y antigüedad y el subsidio familiar, a las que considera tener derecho por estar contenidas en el Decreto 1213 de 1990.

El 22 de octubre de 2013, le solicitó a CASUR la reliquidación de la asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, petición que fue negada a través de oficio 5305 GAG-SDP de 13 de diciembre de 2013. Ante la negativa de la entidad, el 18 de julio de 2014, insistió en la petición, la cual nuevamente fue despachada desfavorablemente mediante oficio 19073/GAG SDP de 8 de agosto de 2014.

Como **normas violadas**, invocó los artículos 2, 43, 48, 53, 83, 84, 121 y 220 de la Constitución Política; y el Decreto 1213 de 1990.

Al desarrollar el **concepto de violación**, sostuvo que, como lo ha señalado la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene derecho a que CASUR le liquide la asignación de retiro con la inclusión de las primas de actividad y antigüedad y el subsidio familiar por haber ingresado a la Policía Nacional en vigencia del Decreto 1213 de 1990 y no, como ocurrió, conforme lo disponen la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004, pues la aplicación de estas últimas normas, además de no ser procedente, comporta un desmejoramiento significativo en el monto de su asignación de retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada, guardó silencio.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 25 de septiembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Antioquia fijó como fecha para adelantar la audiencia inicial el 21 de octubre de 2015 (f. 81).

En dicha diligencia se fijó el litigio en los siguientes términos: «se fijó el litigio en determinar si es procedente la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta como partidas computables: la prima de actividad, la prima de antigüedad y el subsidio familiar» (f. 98).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 25 de enero de 2016, negó las pretensiones de la demanda.

Al efecto, consideró que la homologación al nivel ejecutivo fue más beneficiosa para el demandante, toda vez que, si bien es cierto, no devengó las mismas prestaciones consagradas en el Decreto 1213 de 1990, la asignación básica y el IBL sí aumentaron, siendo más favorable desde el punto de vista económico, ya

que percibió otros factores salariales que compensaron lo que devengaba en el régimen anterior,

Explicó igualmente que aunque la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 17 de abril de 2013 (radicado 05001 23 31 000 2011 00079 01) accedió a las súplicas de una demanda instaurada en similares términos a los planteados por el demandante, dicha postura fue posteriormente rectificadora a través de providencia de 22 de julio de 2014, decisión en la cual se precisó que, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, no es posible aplicar los factores salariales y prestacionales contenidos en dos regímenes diferentes por ser más favorable, pues quedó demostrado que aunque se le dejaron de pagar los factores establecidos en el Decreto 1213 de 1990, recibió otros factores y montos con los cuales se vio más beneficiado.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas al demandante, por no haberse comprobado su causación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante apeló la sentencia de primera instancia, argumentando que el fundamento de las pretensiones no recae en un desmejoramiento de derechos debido al tránsito que tuvo de agente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Por el contrario, lo que plantea es el desconocimiento del principio de confianza legítima, en virtud del cual la entidad no puede, «súbitamente», alterar las reglas que gobernaban la situación particular del demandante, sin otorgar un periodo de transición.

Igualmente precisó que el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2012, norma cuyo ámbito de aplicación cobijaba al personal del Nivel Ejecutivo que ingresara después de la fecha de expedición, es decir, el 31 de diciembre de 2004. Por tanto, como quiera que el señor Castrillón Yepes ingresó a la Policía Nacional en el año de 1986, le es aplicable la normatividad contenida en el Decreto 1213 de 1990 y no el 4433 de 2004.

Señaló que la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en la providencia de 14 de julio de 2014, suspendió provisionalmente el artículo 2 del

Decreto 1858 de 2012, al considerar contrario a derecho exigirle al personal del servicio activo al 31 de diciembre de 2004, entre los cuales se encontraba los miembros de la Policía Nacional del Nivel Ejecutivo vinculados voluntariamente e incorporados directamente, requisitos adicionales para acceder a la asignación de retiro, como el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los decretos que les eran aplicables, es decir, los 1212 y 1213 de 1990.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expresados en la demanda y en el recurso de apelación (f. 165).

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de apelación presentado por la parte demandante, el problema jurídico se circunscribe a determinar si el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes tiene derecho a que CASUR le reliquide la asignación de retiro conforme a los factores previstos en el Decreto 1213 de 1990, los cuales venía devengando en su condición de agente, antes del proceso de homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional ocurrido en agosto de 1995.

En ese sentido, con el fin de resolver la cuestión planteada, la Sala de Subsección estudiará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Los artículos 216 y 217 de la Constitución Política establecen que La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares [Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Armada Nacional] y la Policía Nacional.

Por su parte, el artículo 218 superior, señaló que la ley organizará el cuerpo de Policía, y determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Con soporte en lo anterior, el Legislador expidió la Ley 4 de 1992², y en sus artículos 1, literal d); 2 literal a); y 10, dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos señalados en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros de los Miembros de la Fuerza Pública.

Por medio del Decreto 1213 de 1990³, el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 66 de 1989, reformó el Estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, y dispuso que (i) «[l]a Policía Nacional es una institución pública de carácter permanente y naturaleza oficial constituida con régimen y disciplina especiales, que depende del Ministro de Defensa Nacional y hace parte de la Fuerza Pública en los términos de los artículos 167 y 168 de la Constitución Política»⁴, y (ii) esta sería la norma que regularía «la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales»⁵.

Posteriormente mediante la Ley 62 de 1993⁶, se expidieron algunas normas sobre el sector defensa y, entre otras, se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República; en dicho cuerpo normativo, al tenor de sus artículos 6 y 35 dispuso:

«ARTICULO 6. Personal Policial. La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.

ARTICULO 35. Facultades extraordinarias. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

² 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 Nacional 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.

³ Por el cual se reforma el Estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

⁴ Artículo 1.

⁵ Artículo 2.

⁶ Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

1. Modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional [...]»

Con fundamento en este último, fueron expedidos los Decretos 41 de 1994, «por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones», y el 262 de esa misma anualidad, «por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones».

Sobre el particular, es pertinente resaltar que, mediante la sentencia C-417 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «nivel ejecutivo», «personal del nivel ejecutivo» y «miembro del nivel ejecutivo» contenidas en el precitado Decreto 41 de 1994, en la medida que la Ley 62 de 1993 no hizo referencia a dicho nivel, por lo que se evidenció un exceso en las facultades otorgadas al Ejecutivo.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 180 de 1995⁷, modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, de la siguiente manera:

«**ARTICULO 6.** 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.»

Adicionalmente, la norma en comento, en el artículo 7, le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República con el objeto de regular, aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del Nivel Ejecutivo, disponiendo en el párrafo que «[l]a 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».

Con fundamento en las mencionadas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 de 1995, «por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional», en lo que interesa al caso de marras, así:

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, Suboficiales y Agentes.

«**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:

[...]

PARÁGRAFO 1°. 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 2°. 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.

ARTÍCULO 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. Ingreso al Nivel Ejecutivo. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional. [...]

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, mediante Decreto 1091 de 1995⁸, expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional, estableciendo los siguientes factores: remuneración mensual por fuera del país (artículo 3), primas de servicio (artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12) y familiar (artículo 15).

Posteriormente, a través del Decreto 1791 de 2000, «por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional», con relación a los Agentes de la Policía Nacional que ingresan al Nivel Ejecutivo, se indicó:

«**ARTICULO 9°. 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.

⁸ 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.

PARAGRAFO. 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.

ARTÍCULO 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.

PARAGRAFO. 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.»

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-691 de 2003, declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 10 del citado decreto, de donde se infiere lo siguiente: (i) el traslado de agentes y suboficiales al Nivel Ejecutivo fue voluntario; (ii) la sujeción al régimen especial con el cambio de nivel era válido; y (iii) la Ley 180 de 1995 y demás normas concordantes impedían el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían vinculados a la Policía Nacional y que optaron por el traslado al Nivel Ejecutivo.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2007, expediente núm. 2004-0109-01 (1240-04)⁹, al efectuar un análisis del marco normativo reseñado, indicó que:

«[...] Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido¹⁰ sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo. (Subrayado de la Sala)»

En la referida providencia se declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se reguló la asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo, por considerar que esta materia no podía ser reglada por el Presidente, sino que le correspondía al Legislador a través de una ley marco.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 14 de febrero de 2007. Rad. 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1204-2004). Actor: Ferney Enrique Camacho González, Demandado: Gobierno Nacional.

¹⁰ Los derechos se adquieren en tanto se reúnan los dos (2) elementos que exige el artículo 58 de la Constitución Política, como son: el objetivo y el subjetivo.

Posteriormente, en sentencia de 12 de abril de 2012, expediente núm. 2007-00049-00 (1074-07)¹¹, esta Corporación se pronunció con relación a la legalidad del párrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, y resolvió declarar su nulidad; en esa oportunidad expresó la Sala de Decisión lo siguiente:

«El Decreto 4433 de 2004 debía someterse a las reglas establecidas en la Ley 923 de 2004.

I. Con la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 2070 de 2003, la asignación de retiro aplicable para quienes se incorporaron en el Nivel Ejecutivo, es la prevista en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

II. Al analizar los anteriores Decretos, evidenció que la disposición demandada no es consecuente con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, y tampoco contiene un régimen de transición.»

De acuerdo a la norma y la jurisprudencia que se analiza, se puede afirmar 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 que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.

De lo probado en el proceso y caso concreto

De conformidad con el marco normativo expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Peticiones de 22 de octubre de 2013 y de 18 de julio de 2014, mediante las cuales el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes le solicitó al director general de la Policía Nacional el reconocimiento de los factores prestacionales y salariales definidos en el Decreto 1213 de 1990. (ff. 31, 32, 35, 36 y 37).
- Oficios 5305 GAG-SDP de 13 de diciembre de 2013 y 19073/GAG SDP de 8 de agosto de 2014, mediante los cuales el director de la Policía Nacional respondió las peticiones precitadas (ff. 34 y 39).
- Formato de hoja de servicio, expedido por la Dirección de Talento Humano

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 12 de abril de 2012. Rad. 11001-03-25-000-2007-00049-00 (1074-2007). Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Demandado: Nación Ministerio de Defensa-Nacional Policía Nacional.

de la Policía Nacional, que certifica el tiempo y tipo de servicios prestados por el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes (f. 45).

De las pruebas relacionadas, la Sala de decisión evidencia que el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes ingresó a la entidad como agente alumno a partir del 20 de enero de 1986 hasta el 31 de julio del mismo año; recibió el grado de agente desde el 1 de agosto de 1986 hasta el 31 de julio de 1995; y fue homologado al nivel ejecutivo mediante Resolución No. 12288 de 1 de agosto de 1995, grado en el cual permaneció hasta el 13 de julio de 2013, para un total de 27 años, 10 meses y 10 días.

Igualmente se advierte que al accionante, en el periodo que se desempeñó como agente, le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1213 de 1990, y durante el tiempo en que laboró en el nivel ejecutivo su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995.

Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, la normatividad que se analizó y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se infiere que durante el tiempo en que el señor Castrillón Yepes permaneció vinculado a la Policía Nacional y una vez optó por la homologación al Nivel Ejecutivo, estuvo amparado por la prohibición de no ser discriminado o desmejorado en sus condiciones salariales y prestacionales, tal y como lo prevén la Carta Política, la Ley 4ª de 1992 y las normas que desarrollaron el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional.

En el *sub judice* no es posible hacer una interpretación factor por factor, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (Congreso de la República) y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995].

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas respecto de la condición de agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de

integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

En sentencia de 9 de octubre de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros.

Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales.

Quienes se acogieron al Nivel Ejecutivo vieron aumentados sus ingresos, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. Sobre el cambio de régimen, la sentencia C-313 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

“[...] Es decir, que quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez a la carrera docente [...] En la medida en que esa asimilación es voluntaria, si dadas estas condiciones ella no resulta atractiva para sus intereses, el docente podrá optar por mantenerse en el antiguo régimen en el que le son reconocidos dicho tiempo de servicio y experiencia.” (Resaltado fuera de texto)

Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el *sub examine*, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1 de agosto de 1995, y estuvo vinculado hasta el 13 de julio de 2013, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que solo el 22 de octubre de 2013 presentó petición para que le

¹² Radicado 25000-23-25-000-2000-06793-01. Actor: ÁLVARO TORRES ALVEAR, Demandando: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990].

Ahora bien, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de suboficial, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de agosto de 1995.

A continuación se hará un cuadro comparativo de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como agente de la Policía Nacional, y luego, al homologarse en el Nivel Ejecutivo de la misma institución:

AGENTE DECRETO 1213 DE 1990		NIVEL EJECUTIVO DECRETO 1091 DE 1995	
CONCEPTO	DEFINICIÓN LEGAL	CONCEPTO	DEFINICIÓN LEGAL
<u>Subsidio Familiar</u>	<p>Art. 46. 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:</p> <p>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</p> <p>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.</p> <p>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).</p>	<u>Subsidio Familiar</u>	<p>Art 15 y ss. 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. (hijos, hermanos y padres)</p>
<u>Prima de servicio</u>	<p>Art. 31. Los Agentes de la Policía en servicio activo tendrán derecho al pago de una prima equivalente al cincuenta por</p>	<u>Prima de Servicio</u>	<p>Art. 4. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio</p>

	ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año .		equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.
<u>Prima de navidad</u>	Art. 32. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año.	<u>Prima de Navidad</u>	Art. 5. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a 1 mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el art. 13 de este decreto.
<u>Prima de Vacaciones</u>	Art. 42. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 80 del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.	<u>Prima de Vacaciones</u>	Art. 11. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.
<u>Subsidio de Alimentación</u>	Art. 45. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a un subsidio mensual de alimentación en cuantía que en todo tiempo determinan las disposiciones legales vigentes sobre la materia.	<u>Subsidio de Alimentación</u>	Art. 12. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional.
<u>Prima de actividad</u>	Art. 30. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.	<u>Prima del Nivel Ejecutivo</u>	Art. 7. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad.
<u>Prima de antigüedad</u>	Art. 33. Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en	<u>Prima de retorno a la</u>	Art. 8. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional,

	que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más.	<u>experiencia</u>	tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma: a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%); b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%); c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%).
<u>Recompensa quinquenal</u>	Art. 43. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que completen períodos quinquenales continuos de servicio y observen buena conducta durante los mismos, tendrán derecho a una recompensa por cada cinco (5) años de servicio, equivalente a la totalidad de los haberes en actividad, devengados en el último mes en que cumplan el quinquenio.		
<u>Régimen cesantías</u>	Art. 103. Se consagró el régimen retroactivo de cesantías	<u>Régimen cesantías</u>	Art. 50 transitorio. Se estableció el régimen anualizado, consagrándose que a la fecha del traslado se reconocería el beneficio causado hasta ese momento al interesado, si se acreditaban los requisitos para ello.

De acuerdo con el anterior cuadro comparativo, es evidente para la Sala que la parte accionante se benefició ampliamente al cambiar del rango de agente al del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en

dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador. Por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el accionante reclama precisamente porque corresponden al régimen de agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria.

En consecuencia, es claro que el acto administrativo enjuiciado no adolece de la causal de nulidad alegada por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se le han aplicado desde su ingreso al mismo.

En estas condiciones las pretensiones planteadas por el señor Castrillón Yepes no tienen vocación de prosperidad. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas en segunda instancia¹³

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho¹⁴, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁵ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento¹⁶ y previó que el artículo 188 de la Ley 1437

¹³ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

¹⁴ Artículo 361 del Código General del Proceso.

¹⁵ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A.

de 2011 señala que «salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil», hoy día por el Código General del Proceso, y estableció unas conclusiones básicas:

- La legislación varió del C.P.C. al CPACA para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- Toda sentencia «*dispondrá*» sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)
- La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Atendiendo esa orientación de acuerdo con la posición fijada por esta Subsección¹⁷, si bien el demandante resulta vencido, no se le condenará en costas debido a que no hubo intervención en segunda instancia de la entidad demandada.

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

Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

¹⁷ Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 25 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

Sin condena en costas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ