

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 24 de junio de 2020

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Claudia Alarcón Mesa**
Demandado : **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR**
Expediente : **15001-33-33-008-2017-00017-01**

Tema: **Confirma** sentencia de primera instancia que **negó** las pretensiones de la demanda - prima del nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandante contra la sentencia del 25 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. Claudia Alarcón Mesa, mediante apoderado judicial instauró demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, para que se acojan las siguientes:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad del Oficio No. E-0003-2016001089-CASUR ID: 177784 del 11 de octubre de 2016 por medio del cual la Caja de Retiro de la Policía Nacional le negó a la actora la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo la partida denominada prima del nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

A título de restablecimiento del derecho pide se ordene a la Caja de Retiro de la Policía Nacional a reconocer y pagar la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo la partida denominada prima de nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico desde la fecha de retiro, es decir, del 21 de mayo de 2013 hasta la fecha que se ordene el reconocimiento y pago.

Así mismo, pide se declare que no ha operado el fenómeno de la prescripción de las mesadas y el reconocimiento y pago de 100 salarios mínimos mensuales por concepto de daños físicos y psíquicos por no reconocer el derecho reclamado, y que se cumpla el fallo en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que Claudia Alarcón Mesa – Subcomisaria ® de la Policía Nacional prestó sus servicios hasta el día de su retiro en la categoría de miembros del nivel ejecutivo.

Que durante su permanencia en la institución devengó habitual y periódicamente la partida denominada prima del nivel ejecutivo en un porcentaje del 20% del salario básico, sin embargo, al momento del reconocimiento de la asignación de retiro no le fue incluida dicha partida.

Dice que, si bien es cierto que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 7 del Decreto 1091 de 1995 están vigentes, los mismos son inconstitucionales y deben inaplicarse por ser contrarios al bloque de constitucionalidad.

Que la demandante solicitó se le reconociera y pagara la reliquidación pretendida pero que le fue negada mediante el acto que aquí se demanda.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Citó como normas vulneradas las siguientes:

Los artículos 4, y 53 de la Constitución Política.

Convenio 095 de la OIT

Jurisprudencia del Consejo de Estado

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2017 y mediante proveído del 28 de abril siguiente el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja la admitió.

Se ordenó notificar por estado electrónico al demandante de conformidad con los artículos 171 y 201 del CPACA, y de manera personal a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares conforme lo prevén los artículos 197 y 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P. A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, según lo previsto en el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (fls. 44-45). Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al párrafo primero del artículo 175 del CPACA.

1. De la contestación de la demanda por parte de la Caja de Retiro de la Policía Nacional CASUR (fs. 84 a 88.)

Mediante auto del 6 de septiembre de 2017 la Juez Octavo Administrativo de Tunja dispuso tener por no contestada la demanda por parte de CASUR, no obstante, mediante auto del 21 de septiembre siguiente, admitió la adición de la demanda presentada por la parte demandante, por lo que en esa oportunidad la entidad demandada dio contestación.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

El apoderado de CASUR en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Indicó que en ejercicio del mandato previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso promulgó la Ley 180 de 1995 en la que señaló que la Policía Nacional estaría integrada entre otros por el nivel ejecutivo y en el artículo séptimo revistió de facultades al Presidente para desarrollar la carrera a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado, y los de incorporación directa.

Que mediante Decreto 132 de 1995 se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo y en materia de régimen salarial y prestacional estableció que el personal sería sometido al régimen dictado por el gobierno nacional en la materia, para lo cual adoptó el Decreto 1091 de 1995 que consagró los conceptos que los miembros de dicho nivel perciben durante su vinculación, cuáles son: asignación básica, remuneración mensual fuera del país, prima de servicios, prima de navidad, prima del nivel ejecutivo, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación y subsidio familiar.

Dice que la prima del nivel ejecutivo está dirigida al personal en servicio equivalente al 20% de la asignación básica mensual sin carácter salarial, salvo para liquidar la prima de navidad; que el artículo 49 del decreto ibidem señaló que la base de liquidación para las prestaciones sociales unitarias y periódicas son: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, una duodécima parte de las primas de navidad, servicios, vacaciones y la bonificación por compensación.

Que, en lo referente a la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo, en el artículo 51 quedó establecido que se liquida con el 75% del

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

monto de que trata el artículo 49 referido, disposición que fue declarada nula en sentencia del Consejo de Estado al considerar que el Ejecutivo no está facultado para regular prestaciones sociales como la asignación de retiro.

Que el Congreso promulgó la Ley 923 de 2004 relacionada con los criterios para establecer el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, y que mediante Decreto 4433 de 2004 estableció campo de aplicación que cobija a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, sub oficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, entre otros, y en materia de la asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo previó que serían partidas computables el sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación y duodécima parte de las primas de navidad, servicios, vacaciones y navidad, preciso de forma expresa que ninguna de las primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones serian computables para la asignación de retiro.

Finalmente propuso como excepción de mérito la inexistencia del derecho.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 15 de noviembre de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 del CPACA (f. 101).

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, y evacuadas las etapas de ésta, se ordenó fijar fecha para la audiencia de pruebas (fs. 107 a 109), la cual se desarrolló el 6 de marzo de 2018 (fs. 146 a148).

IV. FALLO RECURRIDO

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 25 de abril de 2018, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda (C. 2 f. 165 a 172).

En principio hace un recuento de las facultades conferidas al Presidente de la Republica mediante Ley 62 de 1992 y los de los decretos expedidos en virtud de esta.

Dice que mediante Decreto 41 de 1994 se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, y que mediante Decreto 262 de 1994 se modifica las normas de carrera del personal de agentes de dicha institución.

Refiere que en el artículo 70 de los mencionados decretos se dispuso que los agentes previo cumplimiento de los requisitos podían ingresar al primer grado de nivel ejecutivo, y que en el artículo 80 se dispuso del régimen salarial y prestacional en los siguientes términos: “REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. Los agentes a que se refiere el artículo anterior, que ingresen al nivel ejecutivo, se someterán al régimen salarial y prestacional, determinado en las disposiciones sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.”.

Hace mención a la Ley 80 de 1995 que consagró el nivel ejecutivo de la Policía Nacional como parte de su estructura, así como de los Decretos 1091 de 1995 que consagró el régimen de asignaciones y prestaciones del nivel ejecutivo en el que establece los conceptos prima de servicio, del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones, de navidad, subsidios de alimentación y familiar, y el 1791 de 2000 respecto de la posibilidad de los agentes de ingresar al nivel ejecutivo.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Cita la sentencia C-691 de 2003 proferida por la Corte Constitucional que revisó la constitucionalidad del artículo 10 del Decreto 1791, y concluyó del recuento normativo, 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 quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional por lo que no podían ser desmejorados en su situación laboral.

Así mismo, sostiene que aquellos servidores públicos que haciendo parte de la policía Nacional como suboficiales y que hayan sido homologados al nivel ejecutivo antes de la entrada en vigencia del Decreto 1091 de 1995, en virtud de lo dispuesto en el párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto Ley 132 de 1995 tiene su situación jurídica protegida y por ello les asiste derecho a beneficiarse del régimen de asignación salarial y prestacional contenido en el Decreto Ley 1212 de 1990.

Seguidamente, se refiere a la naturaleza de la prima del nivel ejecutivo e indica que la misma se consagró con ocasión de la creación del nivel ejecutivo de la policía, esto es como nuevo beneficio prestacional para el personal que se acogió a dicho régimen, y que además dicho emolumento no tiene carácter salarial a excepción de la prima de navidad.

Descendiendo al caso concreto, sostiene que a la señora Claudia Alarcón Mesa se le reconoció mediante Resolución 6913 del 15 de agosto de 2013 la asignación de retiro, y que mediante Resolución N° 088838 del 24 de agosto de 1994 fue nombrada en el escalafón de nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Que de la revisión a la hoja de servicios constató que los factores con los cuales se le liquidó la asignación a la actora fueron el sueldo básico, prima de servicios, prima de navidad, prima vacacional, prima de retorno a la experiencia, y el subsidio de alimentación, coligiendo que la prestación reconocida a la

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

demandante se adecuó a los postulados de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, en especial a los factores salariales que debían tenerse en cuenta y que se encuentran enlistados.

Finalmente, adujo que no encuentra como el artículo 7 del Decreto 1091 de 1995 y el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 resulten contrarios al ordenamiento superior, por cuanto el legislador expresamente dispuso la exclusión de la prima del 20% del nivel ejecutivo al momento de liquidar la asignación de retiro para todos los miembros del nivel ejecutivo, sin que evidencie trato discriminatorio que atente el principio de igualdad, prescripción que responde a la libertad configurativa compartida entre el legislador y el ejecutivo en materia salarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la constitución política.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, con fundamento en las siguientes razones:

Que a la prima del nivel ejecutivo se le ha venido dando un tratamiento legalista y exegético sin que hay razón suficiente para negar la liquidación de la asignación de retiro con la inclusión de dicha prima cuando en servicio activo era devengada por la actora.

Que no se tiene en cuenta la naturaleza de esta prima a la luz del artículo 53 de la Constitución Política, y que tratándose de servidores públicos el Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que, para efectos pensionales, al trabajador se le debe tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, razón por

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

la que se debe observar que las partidas que se quieran incluir sean devengadas de forma habitual y periódica.

Refiere que la prima del nivel ejecutivo cumple con los criterios axiológicos y materiales necesarios para considerarse salario, y así tenerla en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro.

Arguye que la actora tiene derecho a devengar la prima del nivel ejecutivo en los mismos porcentajes que lo haría estando en servicio activo, debido a que fue devengada como contraprestación directa por sus servicios laborales cuando se encontraba en actividad.

Refiere que a otros exservidores públicos se les ha incluido factores salariales al momento de liquidar la pensión y que frente a la policía existe un trato desigual.

Respecto a la inclusión de todos los factores al momento de liquidar la prestación, cita la conocida sentencia de Víctor Hernando Alvarado Ardila que unifica el criterio de inclusión de los factores para establecer el IBL y reitera los argumentos expuestos en la demanda respecto a la causal de anulación del actor demandado y la violación de normas.

Finalmente, cita jurisprudencia relacionada con la prima de riesgo y aduce que las normas y sentencias citadas contiene similitud jurídica y fáctica al caso concreto, y que, si bien no son los mismos sujetos procesales, existe similitud entre la prima de riesgo y la prima del nivel ejecutivo, así como similitud entre pensión y asignación de retiro, por lo que los pronunciamientos citados son acordes para resolver el presente asunto en analogía de la ratio decidendi.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

El a quo mediante auto de 16 de mayo de 2018, concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 185).

Mediante providencia del 28 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 190 vto.), y a través de auto del 6 de julio de 2018 siguiente se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del CPACA (fs. 194).

1. Alegatos en segunda instancia

1.1 Parte demandada

El apoderado de la parte demandada en su escrito de alegatos aduce que es acertado en el fallo de primera instancia en la medida que utiliza los criterios jurisprudenciales e interpreta la normativa al caso concreto.

Refiere que el recurso es exiguo y vago y que desconoce el precedente jurisprudencial y la naturaleza de la prestación, que en lo referente a la igualdad entre desiguales es un tema que ya ha sido decantado por el Consejo de Estado, situación que no es suficiente para desnaturalizar una partida que no fue contemplada dentro de la ley para ser carácter salarial.

Dice que en su génesis la prima no fue contemplada para estar dentro de la liquidación de la asignación de retiro, y que se abusa del derecho al inducir a error al juzgador al desconocer no solo la norma sino el precedente, además al intentar aplicar un principio tan importante dentro de nuestra legislación.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Sostiene que el Decreto 1091 de 1995 fue claro en establecer que la prima de nivel ejecutivo está dirigida al personal en servicio equivalente al 20% de la asignación básica mensual sin carácter salarial salvo para liquidar la prima de navidad y que el artículo 49 del referido decreto estableció los factores base de liquidación.

Finalmente, aduce que CASUR no puede asumir una erogación que esta explícitamente consagrada en la ley y que ha tenido desarrollo jurisprudencial, y pide se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia.

2. Parte demandante

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación.

3. Ministerio público

El Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos emitió concepto en el cual pide se confirme la decisión recurrida.

Dice que la norma vigente al retiro de la actora era el Decreto 4433 de 2004, norma que reguló lo atinente al reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública, incluyendo al personal del nivel ejecutivo de la policía nacional; que la prima del nivel ejecutivo fue creada a favor del personal del nivel ejecutivo que se encuentre activo y que por expresa disposición legal no tiene carácter salarial para ningún efecto a excepción de la prima de navidad.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Que dicha prima además no hace parte de las partidas computables dispuestas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 para liquidar la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la policía.

Po último, refiere que, si bien existe jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la forma de liquidar las pensiones de las personas cobijadas por el régimen general contenido en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 3135 de 1968, según los cuales la liquidación pensional debe incluirse todo lo efectivamente devengado en su último año de servicios, la misma corporación ha mencionado que esta tesis no es aplicable al régimen pensional del actor por ser especial.

Refiere que al repasar los factores a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional no se advierte que a dichos integrantes de la fuerza pública se les incluya el conceto “prima especial del nivel ejecutivo” como tampoco sucede para el nivel al que perteneció la actora, por lo que no le es dable hablar de vulneración al derecho a la igualdad.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Debe determinar este Tribunal determinar si le asiste derecho a la señora Claudia Alarcón Mesa de obtener el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del concepto devengado en actividad al servicio de la policía,

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

denominado prima especial del nivel ejecutivo del 20%, o si, por el contrario, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico planteado se hace necesario hacer mención a los siguientes tópicos: i) régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública; ii) origen, objeto y naturaleza jurídica de la prima del nivel ejecutivo; iii) de lo probado en el proceso y, iv) de la solución del caso concreto.

3. Régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública

Por disposición del artículo 150 Constitucional, numeral 19, literal e), el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, puede ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con los criterios y objetivos que establezca el legislador en la respectiva ley.

En lo que respecta al régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, el Congreso de la República delegó su fijación al Gobierno Nacional a través de la Ley 4ª de 1992, señalando en sus artículos 2º y 3º, los siguientes criterios y objetivos para ejercer dicha atribución:

«Artículo 2º. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a)** El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
- b)** El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;
- c)** La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;
- d)** La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;
- e)** La utilización eficiente del recurso humano;
- f)** La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;
- g)** La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;
- h)** La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Claudia Alarcón Mesa
 Demandado : CASUR
 Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

- i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;**
- j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;**
- k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;**
- I) La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;**
- II) El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa.**

Artículo 3º. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: 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 cargos». (Subraya de la Sala).

De lo descrito se colige que determinación del régimen salarial y prestacional de miembros de la fuerza pública, entre los que se incluyen a los que laboran al servicio de la Policía Nacional, debe atender, entre otros criterios al nivel, rango, categoría y estructura de los empleos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

4. Origen, objeto y naturaleza jurídica de la prima del nivel ejecutivo

Con fundamento en la ley 1809 de 1995 el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, mediante el cual desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y en los artículos 12 y 13 habilitó a los suboficiales y agentes activos de la institución para ingresar a la escala del nivel ejecutivo.

“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:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Claudia Alarcón Mesa
 Demandado : CASUR
 Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

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”

De lo anterior, se deduce que los agentes activos de la Policía Nacional podían ingresar a la escala de nivel ejecutivo siempre y cuando lo solicitaran, y para tal efecto fijo las equivalencias de grados en los que se producía el ingreso, así como los requisitos necesarios para ello y para el ascenso dentro de ese nivel.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

A su vez, el artículo 15 del referido decreto 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, no obstante, en su artículo 82 determinó que 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.

Ahora, en lo referente a la prima del nivel ejecutivo, se encuentra que esta fue creada por el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, a través del cual se desarrolló la Ley 4ª de 1992, en los siguientes términos:

“Artículo 8º. Prima del nivel ejecutivo. 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”.

Posteriormente, el Decreto 1091 de 1995 con la mencionada prima del nivel ejecutivo estableció:

“Artículo 7º. Prima del nivel ejecutivo. 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”. (Subrayas y resaltos de la Sala).

Así las cosas, es claro que prima del nivel ejecutivo es un emolumento creado por el ejecutivo, a favor del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional **que se encuentre en servicio activo**, dentro del régimen salarial y prestacional creado con la finalidad de mejorar las condiciones de los miembros pertenecientes a este nivel de la institución policial, la cual, por expresa disposición legal, no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

de la prima de navidad, dado que la aludida prima tampoco retribuye la prestación del servicio, como sí lo hace la asignación básica mensual.

Entonces, el mismo Decreto 1091 de 1995 estableció el régimen de asignaciones y prestaciones del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en el que contempló, entre otros, los siguientes conceptos: primas de servicio del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y de navidad; y, subsidios de alimentación y familiar, y más adelante se expidió el Decreto 1791 de 2000 por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, se contempló la posibilidad de que los Agentes ingresaran al Nivel Ejecutivo, para lo cual debían además someterse al régimen salarial y prestacional establecido para ese nivel Ejecutivo.

En consecuencia, 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 de hacerlo debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional.

Por otra parte, el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, determina específicamente las partidas básicas sobre las cuales se liquida la asignación mensual de retiro al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

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

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Claudia Alarcón Mesa
 Demandado : CASUR
 Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

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

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

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

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia

23.2.3 Subsidio de alimentación

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicios

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”.

Advierte la Sala que, entre los factores tenidos en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no se incluye el concepto de prima especial del nivel ejecutivo, como tampoco para los miembros del nivel ejecutivo.

5. De los hechos probados

De las pruebas aportadas al proceso, la Sala logra establecer como probados los siguientes hechos:

1. Por Resolución N° 08838 del 24 de agosto de 1994 la Policía Nacional nombró a la señora Claudia Alarcón Mesa al escalafón del nivel ejecutivo (C. 1 fl. 138-139).
2. Mediante Resolución N° 1851 del 20 de mayo de 2013 se retira del servicio activo la actora (C. 1 fl. 21 vto.).
3. A través de la Resolución N° 6913 del 15 de agosto de 2013 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció a la señora Claudia Alarcón Mesa Subcomisaria ®, la asignación de retiro efectiva a partir

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

del 21 de agosto de 2013 y en cuantía del 75% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas computables (CD fl. 76).

4. Hoja de servicios N° 46370926 del 29 de mayo de 2013 en la cual se observa como factores salariales prestacionales el sueldo básico, prima de servicios, prima de navidad, prima vacacional, prima de retorno a la experiencia, y subsidio de alimentación y que en el servicio activo devengaba sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, prima del nivel ejecutivo, y subsidio familiar ejecutivo (C. 1 fl. 20).

6. Solución del caso concreto

En el sub examine se pretende la declaratoria de nulidad del Oficio No. E-0003-2016001089-CASUR ID: 177784 del 11 de octubre de 2016 por medio del cual la Caja de Retiro de la Policía Nacional le negó a la actora la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima de nivel ejecutivo equivalente al 20% del sueldo básico, y como consecuencia a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reliquidar su asignación de retiro con inclusión de la prima de nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico, desde el 21 de mayo de 2013 hasta la fecha en que mediante sentencia ejecutoriada se ordene su reconocimiento y pago; (ii) cancelar todas las mesadas pensionales reajustadas dejadas de percibir desde el 19 de diciembre de 2016, con las primas, salarios, aumentos, bonificaciones y demás derechos que se hayan causado desde esa fecha con ocasión de la inclusión de la prima de nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico; (iii) abstenerse de declarar el fenómeno de la prescripción de las mesadas de manera cuatrienal.

Del material probatorio aportado, colige la Sala que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, incluyó en la liquidación de la asignación de retiro de la demandante, las partidas computables del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en los Decretos 4433 de 2004, que

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

reiteran el contenido del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, por cuanto contemplan las mismas partidas computables y dejan ver que no hay lugar a incluir ninguna otra para efectos de liquidar la asignación de retiro de ese personal.

A la luz de la normativa analizada en precedencia, es claro para la Sala que la prima del nivel ejecutivo es un emolumento que fue creado en favor del personal del nivel ejecutivo de la policía que se encuentre activo y que por disposición legal no tiene carácter de salario salvo cuando se liquida la prima de navidad.

En cumplimiento de la misma ley y los decretos reglamentarios proferidos por el Gobierno Nacional, no está autorizada la inclusión de la prima del nivel ejecutivo del 20% del sueldo básico en la liquidación de la asignación de retiro de la actora, pues ni el legislador ni el ejecutivo le dieron el carácter de partida computable para reconocer esa prestación económica.

Por lo anterior, no es procedente incluir la prima del nivel ejecutivo del 20% sobre la asignación básica ni ningún otro factor que no esté contemplado como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, pues ello desconocería la voluntad del legislador, y en ese orden, no es de recibo el argumento del recurrente tendiente a que se le incluya esta prima dentro de las partidas computables para la liquidación de prestación, pues como se anotó, las partidas computables para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía están taxativamente señaladas en la ley y decretos mencionados.

Al respecto, vale mencionar que el Consejo de Estado¹ al conocer de dos demandas promovidas con el propósito de cuestionar, de manera parcial, los

¹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), 25 de noviembre de 2019.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Claudia Alarcón Mesa
 Demandado : CASUR
 Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

artículos 8, 16 y 51 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994;² 7, 15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995;³ 23 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004,⁴ y, 3 del Decreto Reglamentario 1858 de 2012,⁵ específicamente en los apartes que señalan, que para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, la «prima del nivel ejecutivo» y el «subsidio familiar» no tienen carácter salarial, es decir, que no constituyen partidas computables para tales efectos, indicó:

“62. Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Sala encuentra a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994,⁶ 7, 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995,⁷ 23 del Decreto 4433 de 2004⁸ y 3° del Decreto 1858 de 2012,⁹ en los que el Gobierno Nacional señaló, que la «*prima del nivel ejecutivo*» y el «*subsidio familiar*» no tienen carácter salarial, cuya nulidad piden los demandantes, no desconocen las normas que consagran el concepto de salario.

63. Así, como lo reconoce el mismo demandante, tanto el «*subsidio familiar*» como la «*prima del nivel ejecutivo*», desde el mismo momento de la creación del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, carecen de la naturaleza o el carácter salarial que en esta oportunidad se reclama, debido a que ambas constituyen prestaciones sociales cuyo propósito no es el de retribuir directamente la prestación del servicio, sino auxiliar al servidor público en las cargas económicas que requiere el sostenimiento de su núcleo familiar.

64. En consecuencia, se establece que los decretos parcialmente acusados se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 2° de la Ley 4ª de 1992,¹⁰ para efectos de determinar los factores salariales,

² «Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.»

³ «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.»

⁴ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.»

⁵ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.»

⁶ «por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional»

⁷ «por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional»

⁸ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública»

⁹ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional»

¹⁰ «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. (...) Para la fijación del régimen

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Claudia Alarcón Mesa
 Demandado : CASUR
 Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

expuestos en el acápite precedente. Por el contrario, atribuirle carácter salarial a una determinada prestación, por vía judicial, cuando el Gobierno Nacional en el respectivo decreto salarial determinó lo contrario, podría alterar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como las limitaciones presupuestales de la entidad.

65. En este sentido, resulta razonable que el «*subsidio familiar*» y la «*prima del nivel ejecutivo*» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946,¹¹ 42 del Decreto Ley 1042 de 1978,¹² 10 del Decreto Ley 1160 de 1989,¹³ 14 de la Ley 50 de 1990¹⁴ y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.¹⁵».

Por otra parte, el apelante reclama no haberse aplicado la excepción de inconstitucionalidad fundada en el artículo 13 de la Constitución Política, frente a lo cual es preciso indicar que al revisar los factores con los cuales se liquida la prestación para los oficiales, suboficiales y agentes de la institución policial, no se advierte que se les incluya el concepto de prima especial del nivel ejecutivo, como tampoco para los miembros del nivel ejecutivo al que perteneció la actora, de ahí que no se encuentre que haya vulneración del principio de igualdad como lo pretende ver el recurrente.

Ahora, tampoco puede alegar igualdad en la liquidación de la pensión con los factores devengados en su último año de servicio respecto de ex servidores pertenecientes a otros regímenes, por cuanto los servidores de la policía pertenecen a un régimen especial, pronunciamiento este que ha sido reiterado por el mismo Consejo de Estado.

salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios: (...)

h) La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad; (...)

¹¹ Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.

¹² «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones».

¹³ «por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988.»

¹⁴ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁵ «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.»

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Con base en estas razones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, allanándose también a lo manifestado por el ministerio público en su concepto, en el sentido de que ni el Decreto 4433 de 2004 ni el Decreto 1091 de 1995 contemplan que la prima del nivel ejecutivo sea factor salarial para liquidar la asignación de retiro, razón por la que no hay lugar a reconocerlo en sentencia judicial.

7. Costas y agencias en derecho

Encuentra la Sala que, en materia de costas, no ha sido constante el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues por una parte en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012- 00222-01(1160-15), indicó que condena implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes, pero por otra parte, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso que no puede ser impuesta la condena por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión se debe establecer y estar comprobado en el proceso que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.

Así las cosas, considera la Sala que las providencias citadas plantean criterios opuestos, por lo que atendiendo la postura que resulta más favorable a la parte vencida, no se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01

Lo anterior en concordancia con la decisión proferida en sede de tutela del 8 de febrero de 2019 por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2018-03416-01(AC), en la que señalo que al no existir en esa Corporación una postura consistente y unificada en materia de costas, no podría hablarse de un precedente vinculante para la autoridad judicial y, por tanto, está facultada para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de 25 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el proceso iniciado por la señora Claudia Alarcón Mesa contra CASUR.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

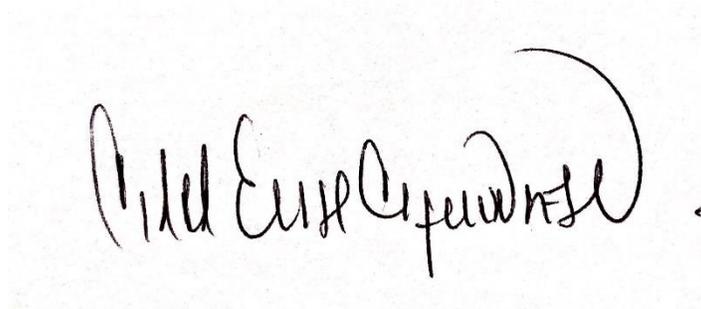
Notifíquese y cúmplase

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Alarcón Mesa
Demandado : CASUR
Expediente : 15001-33-33-008-2017-00017-01



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

Las anteriores firmas hacen parte integrante del expediente No. 15001-33-33-008-2017-00017-01