Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-011-2018-00097-01**
Accionante	**ARLES ESCOBAR CASTILLO** kfalcontejada@gmail.com
Accionada	**NACIÓN-MINDEFENSA-POLICÍA NACIONAL** debol.notificacion@policia.gov.co
Tema	**SUBSIDIO FAMILIAR NIVEL EJECUTIVO EN ACTIVIDAD**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)[1], proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.[2]

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El demandante ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1999 ostentando la categoría de alumno. Luego de la aprobación del respectivo curso de formación, ascendió al grado de patrullero, y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo".

- Se indica que contrajo nupcias con la señora Helen del Carmen Carrascal Fuentes, y así mismo, procreó a los menores Aylen Geraldine y Elian David.

[1] Folios 106-111 cdr.1
[2] Folios 1-21 cdr.1

- Que presentó ante la Dirección General de la Policía Nacional solicitud para que se le reliquidara su salario mensual e incluyera la prima de subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al restante de uniformados de la institución.

- La petición elevada fue resuelta por la Policía Nacional, mediante la Resolución u Oficio No. S-2017 — 023335 1 ANOPA — GRUNO -1.10 del 28 de junio del año 2017, por medio de la cual se negaron las pretensiones del petitorio extendido, sustentando su posición en las normas que actualmente gobiernan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que:

1. Se inapliquen por inconstitucionales e inconvencionales las siguientes normas:

a. El artículo 30 del Decreto 062 del 1999 b. El artículo 30 del Decreto 2724 del año 2000. c. El artículo 29 del Decreto 2737 del año 2001. d. El artículo 29 del Decreto 745 del año 2002. e. El artículo 29 del Decreto 3552 del año 2003. f. El artículo 29 del Decreto 4158 del año 2004. g. El artículo 29 del Decreto 923 del año 2005. h. El artículo 29 del Decreto 407 del año 2006. i. El artículo 29 del Decreto 1515 del año 2007. j. El artículo 28 del Decreto 673 del año 2008. k. El artículo 27 del Decreto 737 del año 2009.

2. Se declare la nulidad de Resolución u Oficio No. S-2017 — 023335 / ANOPA — GRUNO -1.10 del 28 de junio del año 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del señor ARLES ESCOBAR CASTILLO incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su esposa, un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo y un 4% del salario básico por concepto de su segundo hijo. 3. A título de restablecimiento del derecho se condene a LA NACION — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — POLICIA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional, donde se incluya la partida de SUBSIDIO FAMILIAR bajo los siguientes parámetros:

a) En un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde por su esposa, HELEN DEL CARMEN CARRASCAL FUENTES, junto con los intereses e

indexación que en derecho corresponda desde el 09 de septiembre del año 2004, fecha de matrimonio.

b) En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primera hija, AYLEN GERALDINE ESCOBAR CARRASCAL, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 14 de marzo del año 2005, fecha de nacimiento.

c) En un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde por su segundo hijo, ELIAN DAVID ESCOBAR CARRASCAL, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 27 de mayo del año 2014, fecha de nacimiento.

3. A título de restablecimiento se condene a LA NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — POLICÍA NACIONAL a pagar al demandante los dineros retroactivos correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

4. En el evento en que el demandante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el "SUBSIDIO FAMILIAR" en un 39% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.

5. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 13, 44, 45 de la Constitución Política; Ley 21 de 1982; Decreto 1091 de 1995; Ley 1098 de 2006.

Argumenta, que la finalidad del subsidio familiar es proteger a la familia como núcleo esencial del estado. En razón de ello, se debe proporcionar igual protección a quienes se arropan de características iguales. No es justo que las familias de los miembros del nivel ejecutivo se excluyan, de la forma más burda y grosera, de dicha protección.

Añade que, se hace necesario observar el ámbito de aplicación de quienes deben percibir el controvertido subsidio. En palabras de la Corte

Constitucional se sustrae que dicha prestación debe ser reconocida a los trabajadores que poseen menores o medianos ingresos en un determinado sector, ya sea público o privado, situación completamente razonable, debido a que, son ellos quienes por circunstancias económicas se encuentran más vulnerables, ya que no es posible comparar a dos familias donde la primera produzca ingresos brutos de 1 o 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y la segunda perciba 5 o más salarios mínimos mensuales legales vigentes; por lógica social se deducen las complicaciones de carácter económico que la primer familia tendrá. En este aspecto fáctico, también se produce desigualdad entre quienes reciben subsidio familiar, en razón a que, bajo la escala gradual que existe en la Policía, los oficiales de la institución son las personas que mejor remuneración perciben por concepto de salario básico, y ellos siempre han tenido el reconocimiento del subsidio en un 30% por la esposa o compañera permanente y un 17% por los hijos. De otro lado, los miembros del nivel ejecutivo perciben medianos ingresos por concepto de salario básico.

Se concluye manifestando, que la aplicación y reconocimiento del subsidio familiar es contraria a la legislación colombiana (Ley 21 de 1982) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a que, las personas que perciben salarios más altos en la policía nacional son a quienes se le otorgan mejores garantías a título de reconocimiento de prima de subsidio familiar.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.[3]

La Policía Nacional contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por cuanto son debate en el presente proceso.

Afirma que una vez consultado el SIATH Sistema de Información para la Administración del Talento Humano de la Policía Nacional, y revisada la hoja de vida del señor Intendente ARLES ESCOBAR CASTILLO, el funcionario policial ingresó a la Institución en al año de 1999 al Escalafón del Nivel Ejecutivo, y dado de alta en el primer grado como Patrullero el día 19/11/1999, es decir que desde su vinculación y permanencia en la Institución ha estado regido por el Decreto 1091 de 1995 " *Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*". En consecuencia, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la norma ibídem, la cual no incluye al cónyuge o compañero

[3] Folios 46-87 cdr.1

permanente, y mucho menos prevé el porcentaje que reclama el demandante.

Así mismo, manifestó que conforme la norma, al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar en el equivalente al 39%, en razón a que el régimen prestacional del actor cobijado por el Decreto 1091 de 1995, no prevé el reconocimiento en esa forma, pues el mismo se encuentra supeditado a la cuantía que el Gobierno Nacional determine por persona a cargo según corresponda, y para el caso en particular al señor Intendente ARLES ESCOBAR CASTILLO, se le viene reconociendo respecto de sus beneficiarios (hijos).

Arguye que, los porcentajes que pretende el actor están previstos en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 Estatutos del Personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, regímenes de carrera, en los cuales no se encuentra el señor Intendente ARLES ESCOBAR CASTILLO; de modo que no es dable reconocer e incluir los porcentajes pretendidos por el actor de la referida forma.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.[4]

Mediante sentencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, no están demostrados los cargos de nulidad propuestos, puesto que al accionante no le asiste el derecho reclamado, ya que se evidenció que la Policía Nacional, ha reconocido todas las partidas computables establecidas en el nivel ejecutivo.

Que conforme al ordenamiento legal aplicable, esto es el Decreto 1091 de 1995, si bien es cierto, el nivel ejecutivo consagró un subsidio familiar distinto al establecido a los agentes, oficiales y suboficiales (Decreto 1212 y 1213 de 1990), también es cierto, que el Decreto 1091 de 1995 creó nuevas primas (prima de retorno a la experiencia y del nivel ejecutivo) y se estipuló una asignación básica mensual superior en relación con el grado de Agente. Por lo que se puede concluir que no existe el trato discriminatorio o desigual que se menciona en el cargo de nulidad. Además, en materia de subsidio familiar, el régimen del nivel Ejecutivo consagró unas nuevas condiciones que posiblemente no le favorecen al demandante. Pero que, por otros

[4] Folio 106 – 111 Cd. 1.

aspectos aparece más benéfico, pues permite la inclusión de los hermanos y padres como beneficiarios del mencionado subsidio.

Concluye que, se mantiene la presunción de legalidad del acto acusado, toda vez que estudiados los cargos de nulidad propuestos en la demanda, de cara a las normas y a la jurisprudencia que resulta aplicable y a la valoración crítica de las probanzas documentales recaudadas. No logró acreditarse que dicho acto administrativo hubiese sido expedido transgrediendo el derecho a la igualdad y el principio de progresividad. Toda vez que no existe un trato discriminatorio del actor al aplicarle el Decreto 1091 de 1995. Puesto que utilizar las normas del Decreto 1212 y 1213 de 1990 en materia del subsidio familiar como lo pretende el demandante, permitiría la posibilidad de crear un tercer régimen compuesto por los elementos más favorables de cada una de las normativas en estudio (Decretos 1212. 1213 de 1990 y 1091 de 1995), lo que violaría el principio de inescindibilidad normativa, si se tiene en cuenta lo favorable del Nivel ejecutivo y el Nivel oficial, suboficial y agente, concluyéndose que le asiste razón a la demandada cuando explica que el acto acusado se sujetó a las disposiciones superiores.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.[5]

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Al respecto indicó que considera que el subsidio familiar, por su especial finalidad, no es una prebenda laboral cualquiera, ya que su fin es la base que permite materializar lo establecido en los artículos 48 y 53 constitucionales. El titular directo del subsidio familiar no es el trabajador, es su núcleo familiar, especialmente los niños y personas de tercera edad, por lo cual la verificación de la transgresión del derecho a la igualdad debe realizarse entre las familias de los uniformados de la policía nacional, y no de sus directos trabajadores.

Arguye que, teniendo en cuenta que uno de los titulares del subsidio familiar son los niños y adolescentes, es necesario verificar los términos de aplicación del subsidio familiar en el sistema prestacional de la policía nacional, en congruencia con los postulados de la supremacía del interés del menor colombiano, lo cual se concreta en el código de la infancia y adolescencia, anotando que el estatuto anunciado prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los niños colombianos. Se evidencia que, en todo el

[5] Folios 115-132 cdr.1

sistema laboral de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional) los únicos uniformados a los cuales no se les reconoce el subsidio familiar en términos paritarios son a los miembros del nivel ejecutivo de la policía nacional, siendo esto discriminatorio desde todo punto de vista constitucional.

Añade que reconoce que el legislador y el ejecutivo, en uso de sus facultades extraordinarias, pueden excluir o incluir factores salariales en el sector público, sin embargo, se deben tener en cuenta los principios y valores constitucionales que gobierna el sistema laboral colombiano, y en el evento que consideren excluir a un grupo determinado de un beneficio específico, debe existir justificación inspirada en la constitución nacional, sin embargo, se evidencia que en el presente asunto no existe motivo que inspire o cimiente tal desigualdad en la fuerza pública colombiana.

De otro lado, también se acepta que, en principio, el subsidio familiar, por ser una prestación social, no debe ser incluida en las pensiones, ya que esta última también posee la misma naturaleza, y son incompatibles entre sí, no obstante, se evidencia que, desde hace más de cuarenta años, y en sus distintas reformas, el subsidio familiar siempre ha sido partida computable para liquidar las asignaciones y pensiones de todos los oficiales, suboficiales y agentes de la fuerza pública, inclusive de todo el personal civil no uniformado del ministerio de defensa nacional (Decreto 1214 del año 1990), por lo cual, tanto el legislador como el ejecutivo han roto dicha teoría en procura de mejorar el bienestar de quienes integran la fuerza pública, lo cual es el fin último de la prebenda anunciada.

Concluye manifestando que el subsidio familiar debe ser reconocido a los trabajadores que poseen ingresos bajos, situación que no se enmarca precisamente en el caso de los miembros del nivel ejecutivo de la policía nacional, ya que, desde su creación, se verificó que el salario de estas personas superará el percibido por los agentes y suboficiales de la policía nacional; sin embargo, también se debe tener en cuenta que los oficiales, tanto de las Fuerzas Militares, como de la Policía Nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima.

3.5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

A través del auto de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)[6], el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Mediante auto de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)[7], se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES.

La entidad demandada no presentó alegatos finales.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual "*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos*

[6] Folio 5 cdr.2
[7] Folio 9 cdr.2

por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley".

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿El actor en su condición de Policía de Nivel Ejecutivo activo tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como factor salarial en un porcentaje de 30% del salario básico porcentaje que corresponde a su cónyuge, 5% del salario básico porcentaje que corresponde a su primera hija y 4% del salario básico porcentaje que corresponde a su segundo hijo?*

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste razón al demandante para el reconocimiento del subsidio familiar en los porcentajes equivalentes al 30% del salario básico correspondiente a su cónyuge, 5% del salario básico correspondiente a su primera hija y el 4% del salario básico correspondiente a su segundo hijo. La Sala sostendrá que el acto administrativo fue expedido de acuerdo con la normatividad vigente que regula la materia, el cual no vulnera el derecho a la igualdad, por lo que no hay lugar a ordenar el reajuste salarial del accionante por factor de subsidio familiar.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señaló que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública.[8]

[8] ***"ARTÍCULO 279. Excepciones.*** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (…)"*

En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política, autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.

A su vez, la Corte Constitucional[9] agregó que, gozarán de dicho régimen especial a partir del establecimiento de unas condiciones mejores, las cuales permitan acceder a un régimen pensional más beneficioso en tiempo, en porcentajes o en derechos, con el fin de lograr un equilibrio en el desgaste físico y emocional que sufren durante un período largo de tiempo, debido a la prestación ininterrumpida de una función pública, la cual envuelve un peligro inminente.

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la Fuerza Pública la Ley 923 de 2004, la cual contiene normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros que pertenecen a la Fuerza Pública, conforme a lo establecido por la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal e).

Igualmente, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; el Decreto 1515 de 2007, mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, entre otros cargos; y finalmente el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007, y se dictaron otras disposiciones.

5.4.2. Del Derecho Constitucional a la igualdad.

El principio de igualdad es uno de los elementos más importantes del Estado Social de Derecho, contenido en el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia[10]. Por su condición de derecho abstracto, no se evidencia un resultado específico para su aplicación o vulneración, teniendo en cuenta que cada caso concreto contiene unas situaciones de hecho y actores que presentan diferencias y semejanzas.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C -432 de 2004.
[10] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Sin embargo, es importante advertir que la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada le ha dado alcance a este principio, determinando que este derecho busca dar un trato igual a quienes se encuentran en una misma posición fáctica y un trato diferencial a quienes se encuentren en una situación diferenciada. Para verificar si existe vulneración al mencionado principio, el intérprete de la ley debe considerar: "*Dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.*"[11]

5.4.3. Del subsidio familiar.

El subsidio familiar fue adoptado en la legislación Colombiana a través de la Ley 90 de 1946 y los Decretos Legislativos 118 y 249 de 1957, como una prestación por medio de la cual se buscaba el fortalecimiento de la familia.

Posteriormente, el Congreso entró a regularlo con la expedición de la Ley 58 de 1963 y la Ley 56 de 1973, ampliando su cobertura a los trabajadores públicos y a todos los de las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los cincuenta mil pesos, estableciendo igualmente sus incrementos en los niveles de remuneración, el perfeccionamiento en los sistemas de recaudo, entre otras situaciones necesarias para el desarrollo de dicha prestación.

Pese a lo anterior y en atención a que la gran mayoría de la población laboral activa quedaba marginada de dicho subsidio, fue expedida la Ley 21 de 1982, en la que se determinó que éste se ha reconocido como una prestación social pagada en dinero en favor de todos los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo; estableciendo en todo caso, que el objetivo

[11] Corte Constitucional Sentencia C – 178 de 2014

fundamental de su reconocimiento es el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De manera que, el subsidio familiar ha sido concebido como un beneficio en favor de los sectores más débiles de la población, el cual se ha instituido como un sistema de compensación entre los salarios más bajos y los altos, que busca la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar; amén de que, el mismo resulta ser un mecanismo de redistribución del ingreso, en la medida en que su reconocimiento al trabajador se realiza en razón a su carga familiar y a unos niveles de ingreso mínimos, que le impiden atender en debida forma las obligaciones más apremiantes dentro del hogar, tales como: la alimentación, el vestuarios, la educación y el alojamiento.[12]

El subsidio familiar ha sido concebido como una contribución a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, de modo que resulta ser una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual el "Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia", por lo que a partir de dicho precepto constitucional, el legislador debe establecer este beneficio en aras de favorecer a los sectores más pobres de la población o para los trabajadores que devenguen salarios bajos.[13]

Ahora bien, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el libelo introductorio, se logra determinar que lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento y pago del subsidio familiar con base en la normatividad que regía antes de producirse la homologación al nivel ejecutivo para los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, pese a que el demandante no hizo parte de este proceso de homologación, tal como se expondrá más adelante, motivo por el cual resulta necesario hacer referencia al régimen salarial y prestacional de este personal, con el fin de determinar si le resulta o no aplicable lo previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, a través de los cuales se reconoció el emolumento reclamado, en los siguientes términos:

> "***ARTICULO 82. Subsidio familiar.*** *A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:*

[12] Corte Constitucional. C-149 de 1994.
[13] Corte Constitucional. T-942/2014

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Posterior a la expedición de los decretos antes referidos, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 1° del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, profirió el Decreto 041 de 1994, por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, creando el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en sus artículos 18 y 19 facultó a los suboficiales y agentes activos, respectivamente, para ingresar a dicha escala jerárquica para el cual impuso como requisito que el miembro de la institución que optara por ingresar a ella, debía realizar solicitud en tal sentido.

No obstante, las normas citadas que dispusieron sobre la creación y la reglamentación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-417 de 1994, al considerar que el Presidente de la República excedió el límite material fijado por el legislador en la Ley 62 de 1993, por lo que en forma posterior se profirió la Ley 1809 de 1995, revistiendo nuevamente al Presidente de la República de facultades extraordinarias para desarrollar la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y, en el parágrafo de su artículo 7° determinó que, para ese efecto, no se podía "*discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo*".

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, por el cual desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en lo que corresponde a las condiciones generales de ingreso, dispuso en el artículo 11, lo siguiente:

> *"Articulo 11. CONDICIONES GENERALES DE INGRESO. Para ingresar a la Policía Nacional, como integrante del Nivel Ejecutivo, se exigen los siguientes requisitos: 1. Colombiano de nacimiento. 2. Acreditar el título de bachiller en cualquier modalidad. 3. Superar los exámenes médicos y las pruebas psicológicas. 4. Acreditar resultados de los exámenes de estado. 5. Superar el proceso de selección. 6. Ser soltero y permanecer en este estado durante el tiempo que dure el curso de formación".*

Seguidamente, los artículos 12 y 13 ibídem, habilitó a los Suboficiales y Agentes activos de la Institución, respectivamente, para ingresar a la escala del Nivel Ejecutivo "siempre que lo soliciten"; para ese efecto, fijó las equivalencias de grados en los que se produciría el ingreso, así como los demás requisitos necesarios para ello y para el ascenso dentro de ese nivel.

Significa lo anterior, que para ingresar a la Policía Nacional como integrante del Nivel Ejecutivo, podría hacerse por primera vez, esto es de manera directa o, mediante el proceso de homologación de aquellos Suboficiales o Agentes que así lo hubieren solicitado por voluntad propia.

El Decreto 1091 de 1995, por el cual se expidió el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en lo que corresponde a la partida del subsidio familiar en los artículos 15 y siguientes, estableció lo siguiente:

> ***"Artículo 15.*** *Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*
>
> ***Parágrafo****. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.*
>
> ***Artículo 16.*** *Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.*
>
> ***Artículo 17.*** *De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:*
>
> *a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
>
> *b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23 años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
>
> *c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
>
> *d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
>
> *e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*
>
> *Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.*

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

Anualmente, el Gobierno Nacional expide los Decretos por los cuales fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial. En estos decretos se determina el valor del subsidio familiar de que trata lo artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995, por ejemplo, el Decreto 318 de 2020, en su artículo 28, dispuso lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 28. Subsidio familiar mensual. El valor del subsidio familiar mensual en dinero de que tratan los artículos 15 y subsiguientes del Decreto 1091 de 1995, para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, será de treinta y cuatro mil cuatrocientos cinco pesos ($34.405) m/cte. por persona a cargo."*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la parte demandante afirma que el subsidio familiar reconocido con fundamento en el Decreto 1091 de 1995, desmejora sus derechos laborales, en razón a que el régimen salarial y prestacional aplicable a los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional (Decretos 1212 y 1213 de 1990), es mucho más beneficioso en este sentido, resulta necesario hacer referencia a la sentencia proferida por el Consejo de Estado el día 15 de agosto de 2019, que establece:

> *"Si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió el actor le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación. 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 mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del*

Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales. (...)

En materia del subsidio familiar: (...)Cabe precisar que respecto del subsidio familiar, el régimen del Nivel Ejecutivo en el artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, dispuso el pago por los hijos legítimas, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros y consagró unas nuevas condiciones, pues en dicho subsidio se pueden incluir ahora a hermanos y padres como beneficiarios, razón por la que en el presente caso, dicho subsidio continúa después de la homologación al Nivel Ejecutivo, con la diferencia que no incluye a la cónyuge o compañera permanente. De modo que este subsidio no se eliminó para el Nivel Ejecutivo y se continuó pagando, eso si, teniendo en cuenta la reglamentación que regula su nueva vinculación."
En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo -Decreto 1091 de 1995, por el otro). [14]

La parte demandante pretende a través del presente medio de control que únicamente la partida de subsidio familiar le sea reconocida con fundamento en los Decretos 1212 y 1213 de 1990; sin embargo, se advierte que esta situación afecta el principio de inescindibilidad normativa, si se tiene en cuenta que el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo debe aplicarse en forma integral y no tomar los aspectos más favorables de uno y otro régimen, tal como se pretende.

Al respecto, el Consejo de Estado en la providencia antes referida, expuso lo siguiente:

"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 mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.
Entonces, 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 fueron desmejoradas sus condiciones laborales.

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01078-01(1190-14), Actor: Iván Peña Rojas, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional — Policía Nacional.

> *66. Con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado en su conjunto, se insiste, el régimen del Decreto 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios.*"

Finalmente, se advierte que si bien la anterior postura adoptada por el Consejo de Estado se hizo bajo el estudio del proceso de homologación de los Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional al Nivel Ejecutivo, lo cierto es que dicho criterio se acoge íntegramente para el estudio del presente caso, en razón a que se determina con precisión que el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo, debe aplicarse en su integridad para dicho personal, sin que de tal situación se vislumbre algún grado de desigualdad frente al régimen aplicable a los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Institución.

5.5. CASO CONCRETO.
5.5.1. Hechos probados.

- Respuesta a petición radicado No. 060197 del 13 de junio de 2017, con radicado No. S-2017-023335 de 28 de junio de 2017.[15]
- Extracto hoja de vida del accionante.[16]
- Extracto hoja de vida del accionante.[17]

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Aterrizando al caso en estudio, considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que se tome como factor salarial el subsidio familiar en los porcentajes planteados en escrito de demanda, con el argumento que se vulneraría el principio constitucional a la igualdad.

Ahora bien, debe indicarse que el demandante ingresó a la Policía Nacional el día 18 de enero de 1999 como Alumno del Nivel Ejecutivo y para el 19 de septiembre de 1999, se incorporó a dicho nivel jerárquico, tal como se desprende del extracto de hoja de vida.

Según los argumentos expuestos por la entidad accionada en el acto acusado, es claro que durante el periodo en que el actor se desempeñó como Intendente de la Policía Nacional, se le ha venido aplicando el régimen salarial y prestacional ordenado en la normatividad especial que

[15] Folio 27 Cdr.1
[16] Folio 28-30 Cdr.1
[17] Folio 92-94 Cdr.1

rige al personal vinculado al Nivel Ejecutivo, esto es el Decreto 1091 de 1995.

El demandante ingresó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, con ello, quedó sometido a las normas que se expidieran en materia salarial y prestacional en desarrollo de esa carrera y son las que se han venido aplicando para liquidar sus prestaciones sociales, régimen que se debe aplicar en su integridad y no de manera separada frente a las partidas prestacionales que le puedan llegar a ser más favorables del régimen salarial y prestacional de los otros niveles jerárquicos de la institución (Oficiales, Suboficiales o Agentes de la Policía Nacional), tal como lo pretende la parte actora, pues tal situación conllevaría a vulnerar el principio de inescindibilidad.

Si alguna duda hubiere al respecto, es importante señalar que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa ha sido enfático en manifestar que en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, pues no resulta viable, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezcan.[18]

Por otro lado, es menester señalar que no existe vulneración del derecho a la igualdad, toda vez que la vinculación del demandante al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se dio de manera directa y bajo unos supuestos fácticos y jurídicos diferentes al ingreso de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, los cuales corresponden a otro nivel jerárquico, amén de lo anterior, se tiene que la Corte Constitucional, en cuanto al derecho a la igualdad y al trato diferenciado que puede contener una norma jurídica al conferir un tratamiento distinto a personas aparentemente en iguales condiciones, ha expresado lo siguiente:

> *"...No obstante, no todo trato diferenciado per se es discriminatorio, en la medida que la norma puede conferir un tratamiento distinto a personas que aparentemente se encuentran en un mismo estadio de igualdad, pero que por razones ajenas a las previstas en la ley son desiguales. De igual modo, la igualdad no descarta la posibilidad de que se administre un tratamiento diferente a sujetos y situaciones de facto que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique"*[19]

En este orden de ideas, es claro que no hay lugar a ordenar la reliquidación del salario devengado en actividad por el demandante, con inclusión del

[18] Ver - Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección -A". Providencia del 8 de mayo del 2008. Expediente No. 76001-23-31-000-2003-04045-01(1371-07). Consejero Ponente- Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
[19] Corte Constitucional. C-214/2014.-cambiar tipo de letra

subsidio familiar de que trata los Decretos 1213 de 1990, toda vez que el señor Arles Escobar Castillo no es destinatario de dicho régimen salarial y prestacional sino que le resulta aplicable únicamente lo previsto en el Decreto 1091 de 1995.

En consecuencia, el acto administrativo demandado no está incurso en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el ordenamiento conforme los planteamientos expuestos por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho el actor, son los establecidos en el régimen del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se la han aplicado desde su ingreso al mismo, más aun si se tiene en cuenta que su vinculación se produjo de manera directa y por expresión de su libre voluntad.

Así las cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-011-2018-00097-01.

Firmado Por:

José Rafael Guerrero Leal
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Cartagena - Bolivar

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

Código de verificación:
34eb4611d3cba17e73632b0038ff1a25881e9deb3f40ed8c54e89250cc602236
Documento generado en 30/08/2021 02:35:17 p. m.

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