



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

RADICADO	73001-33-33-006-2018-00406-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ HERNÁN BOHÓRQUEZ ROJAS
DEMANDADO:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
ASUNTO:	REAJUSTE ASIGNACION DE RETIRO DE PERSONAL DE NIVEL EJECUTIVO CON INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia inicial adelantada el pasado **11 de marzo de 2020**, donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda, el Despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión conforme a lo señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Declarar la nulidad del acto administrativo N° E – 00003-201814941-CASUR Id: 345587 del 30 de julio de 2018, mediante el cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del actor.

1.2 Condenar a la accionada a reconocer y pagar al demandante la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje del 35%, que corresponde a la sumatoria del 30% que le corresponde a la cónyuge Carmen Esther Alonso Rodríguez y un 5% para su hija Jessica Estefanía Bohórquez Alonso, a partir del 29 de septiembre de 2011.

1.3 Condenar a la accionada a reajustar y pagar los salarios incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

1.4 Ordenar que los valores reconocidos sean indexados.

1.5 Ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor José Hernán Bohórquez Rojas ingresó a la Policía Nacional en el año 1987 como agente nacional y en el año 1995 fue homologado al nivel ejecutivo.

2.2 Que de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1091 de 1995, el subsidio familiar no constituye factor para liquidar prestaciones sociales.

2.3 Que el actor radicó petición ante la demandada, solicitando la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, por considerar que la disposición es contraria a la Constitución.

2.4 Que la demandada a través de acto administrativo No. N° E – 00003-201814941-CASUR Id: 345587 del 30 de julio de 2018, despachó en forma negativa lo solicitado.

2.5 Que la accionada a través de Resolución No. 8252 del 30 de noviembre de 2011, reconoció asignación de retiro al Intendente Jefe de la Policía Nacional José Hernán Bohórquez Rojas en porcentaje del 85%, sin tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR

El apoderado de la entidad accionada contestó la demanda (Fl. 84-89) señalando que se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Refiere que la accionada reconoció la prestación pensional en la forma y términos establecidos para el régimen especial de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo, esto es, Decreto 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

Indicó que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 218 superior, le corresponde a ley determinar el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los integrantes de la Policía Nacional, de ahí que, de acuerdo con el nivel de profesionalización se cuenta con normatividad diferente y acorde con la naturaleza de la actividad desarrollada.

En ese contexto asegura que no existe desmejora ni trato discriminatorio entre quienes se encuentren en servicio activo y los retirados, dado que la misma ley (Decreto 4433 de 2004) establece en cada caso las partidas computables que integran la asignación de retiro; resaltando que, la ley no contempla que el subsidio

familiar sea partida computable para liquidar la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo.

Aclaró, que si bien el régimen del nivel ejecutivo no contemplo ciertas partidas que se encuentran previstas en otros regímenes, lo cierto, es que mejoró otros aspectos tales como el incremento de la asignación básica, el reconocimiento de prestaciones sobre el 100% de las partidas computables, el derecho al pago de una prima de nivel ejecutivo, y, el pago de una prima de retorno a la experiencia.

Propuso como excepción la que denominó "*Inexistencia del derecho*"

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante (fl. 113 cd)

Reiteró lo expuesto en la demanda, solicitando se reliquide la asignación de retiro del actor incluyendo como partida computable el subsidio familiar.

II. CONSIDERACIONES

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿ es procedente inaplicar por inconstitucional el parágrafo de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1858 de 2012 que señalan las partidas computables para liquidar la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo, y por tanto, es viable reajustar su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar un 30%, ó si por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1 Tesis de la parte accionante

Señala el apoderado de la parte demandante que el subsidio familiar se encuentra consagrada como una prestación que se le reconoce y paga mes a mes a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y constituye partida computable al momento de liquidar la asignación de retiro; sin embargo, para el caso de los miembros del nivel ejecutivo si bien se encuentra consagrada en el régimen salarial y prestacional previsto en el decreto 1091 de 1995, también lo es que no se determinó la proporción en la que se pagaría y por disposición expresa no es partida computable para liquidar la asignación de retiro de esta clase de personal, razón por la cual considera que el trato dado a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional es injustificado y vulneratorio del principio de

igualdad, por lo que en aras de salvaguardar el mismo debe incluirse como partida computable para liquidar la asignación de retiro del actor.

6.2 Tesis de la parte accionada

Considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, toda vez que el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro se expidió con base en lo dispuesto en los decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, que señala la cuantía y partidas computables que integran la asignación de retiro para el personal que voluntariamente se acogió al nivel ejecutivo, sin que dichas disposiciones consagren el subsidio familiar como partida computable.

6.3 Tesis del despacho

El Despacho negará las pretensiones de la demanda como quiera que la asignación de retiro del actor fue liquidada con base en lo dispuesto en el Decreto 1095 de 1995, que expresamente señala las partidas computables que sirven de base para liquidar la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y según la cual el subsidio familiar es una prestación social pagadera al personal del nivel ejecutivo en servicio activo que no constituye salario, ni se computa como factor en ningún caso, norma que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico y no transgrede normativa constitucional ni legal alguna.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS				MEDIO PROBATORIO
1. El señor José Hernán Bohórquez Rojas prestó sus servicios en la Policía Nacional por espacio de 25 años, 7 meses y 24 días				Documental: Hoja de Servicios (Fl. 8).
2. Que durante el servicio activo registro:				Documental: Hoja de Servicios (Fl. 8).
Novedad	disposición	F. inicio	F. Termino	
Agente alumno	941	8 sep 1986	28 feb 1987	
Agente nacional	000599	01 mar 1987	31 jul 1995	
Nivel ejecutivo	12288	01 agt 1995	29 sep 2011	
Alta tres meses	03131	29 sep 2011	29 dic 2011	
3. Que al momento de su retiro se le estaba cancelando por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo la suma de \$ 44.272.				Documental: Hoja de Servicios (Fl. 8).

4. Que constituyen factores prestacionales: Sueldo básico: 1.804.093 Prima de retorno a la experiencia: 126.287 Prima de navidad: 208.247 Prima de servicios: 82.105 Prima de vacaciones: 85.526 Subsidio de alimentación: 40.137	Documental: Hoja de Servicios (Fl. 8). -Liquidación asignación de retiro (fl. 9)
5. Que CASUR con fundamento en lo dispuesto en los decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor en cuantía equivalente al 85% del sueldo devengado en actividad para el grado y partidas computables efectiva a partir del 29 de diciembre de 2011.	Documental: Copia Resolución No 8252 del 30 de noviembre de 2011 (Fl. 10).
6. Que el actor contrajo matrimonio con la señora Carmen Esther Alonso Rodríguez el 18 de noviembre de 1988 y es padre de Jessica Estefanía Bohórquez Alonso.	Documental: Registro Civil de matrimonio No. 578667 del 15 de diciembre de 1988 (Fl.11) Registro civil de nacimiento indicativo serial No. 22428451 (Fl.12)
7. Que el demandante a través de apoderada judicial solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en cuantía del 35% del salario básico.	Documental: Derecho de petición radicado el 30 de mayo de 2018 (Fl. 3-5)
8. Que la entidad accionada CASUR, negó la petición de reajuste de la asignación de retiro.	Documental: Oficio No E – 00003-201814941-CASUR- Id:345587 del 30 de julio de 2018 (Fl. 7)

8. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: SUBDISIO FAMILIAR

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social¹ en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades (C-149 de 1994, C-508 de 1997, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011), ha analizado la naturaleza del subsidio familiar concluyendo:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios

¹ Sentencia C-149 de 1994

bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.

Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”²

8.1 Del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, respecto del derecho de la igualdad ha señalado que la misma cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por cuanto el mismo es un valor, un principio y un derecho fundamental³.

Señala dicha Corporación en la misma sentencia que este carácter lo da por ejemplo el preámbulo constitucional, en donde se establece, entre los valores que pretende asegurar la Constitución, el de la igualdad, a su vez, el artículo 13 *ibídem* se ha considerado como la fuente de dicho principio fundamental y finalmente se encuentra como tal el derecho fundamental de igualdad.

Señaló la mencionada Corporación en la sentencia C-818 de 2010, respecto de la igualdad normativa:

“En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación⁴. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado

² Sentencia C-508 de 1997

³ Sentencia C-818 de 2010.

⁴ Cfr. MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre."

8.2 Del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Sea lo primero indicar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 superior, la *Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La Ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.*

Ahora bien mediante Ley 62 de 1993⁵ determinó que la Policía estaría integrada por Oficiales, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 180 de 1985⁶ modificó el artículo 6º de la Ley 62 de 1993, en el sentido de incluir el Nivel ejecutivo como parte integrante de la estructura de la Policía Nacional a la que se podrían vincular suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa; igualmente, facultó al presidente de la República para desarrollar la carrera profesional del nivel ejecutivo, correspondiéndole regular, entre otros, el régimen salarial, prestacional y asignación de retiro, previniendo en el parágrafo del artículo 7º, que: ***"La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.***

En orden a lo anterior, se expidió el Decreto 132 de 1995, que reguló la carrera profesional del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, determinando aspectos como la planta de personal, condiciones generales de ingreso, ingreso de suboficiales, y en el artículo 15, dispuso que el personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

⁵ *"Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República."*

⁶ *por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.*

Ahora bien, el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se encuentra previsto en el Decreto 1091 de 1995, que en relación con el subsidio familiar, indicó:

“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. (Negrilla fuera de texto)*

“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.

(...)”

En lo que tiene que ver con las prestaciones que conforman la base de liquidación de la asignación de retiro, la citada disposición indicó:

“Artículo 49.*Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

- a) Sueldo básico;*

- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.

A su turno el decreto 4433 de 2004, consagró en el artículo 23 las partidas que se deben tener en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro de quienes hayan ingresado a partir de su vigencia, determinando que para el personal del nivel ejecutivo como el caso bajo estudio, sería:

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

23.1 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.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o 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 servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales. (Fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, el Decreto 1858 de 2012⁷, dispuso:

“Artículo 3º. Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

- 1. Sueldo básico.*
- 2. Prima de retorno a la experiencia.*
- 3. Subsidio de alimentación.*
- 4. Duodécima parte de la prima de servicio.*
- 5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.*
- 6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales”.

De lo anterior, se colige, que entrantandose oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional el subsidio familiar es partida computable al liquidar la asignación de retiro, contrario, sucede con el personal del nivel ejecutivo que por disposición expresa de la ley, sólo la percibe en actividad, no es constitutiva de salario, y tampoco es posible incluirla como partida computable, de ahí que, resulte necesario determinar si ese trato diferenciado resulta justificado o no.

En ese contexto, es importante precisar que el régimen laboral y prestacional para el personal del nivel ejecutivo se encuentra amparado por la prohibición de discriminar o desmejorar las condiciones laborales o prestacionales del personal que voluntariamente se acogió ha dicho régimen.

Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló⁸:

“Por medio del Decreto 1091 de 1995 el Presidente de la República expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en el que contempló, entre otros, los siguientes conceptos: primas de

⁷ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., cinco (05) de junio de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00168-01(1726-13) Actor: LUIS JAIRO UMAÑA HERNÁNDEZ Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL

servicio del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y de navidad; y, subsidios de alimentación y familiar. 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”, en el que se contempló la posibilidad de que los Agentes ingresaran al Nivel Ejecutivo, para lo cual debían además debían 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, sin ser desmejorados o discriminados, en todo caso, en su situación laboral”

“.... No obstante, tal discriminación no puede mirarse aisladamente, es decir, tal como lo pretende el demandante factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, un tercer régimen compuesto por los elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (Decretos 1213 de 1990 y 1091 de 1995). Por el contrario, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable, existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, situación que incluso en su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le permitió mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.

Resulta entonces que, el legislador al expedir el régimen salarial y prestacional para el nivel ejecutivo, reconoció, entre otros, una asignación mensual básica superior a la de un agente, prima de servicio, prima del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y de navidad, así como el subsidio de alimentación y el familiar. En ese sentido, resulta conveniente traer a colación el esquema comparativo realizado por el Consejo de Estado respecto los factores salariales que integran el régimen salarial previsto para los agentes y aquel contemplado para el personal homologado nivel ejecutivo⁹, a decir:

Decreto 1091 de 1995 NIVEL EJECUTIVO	Decreto 1213 de 1990 NIVEL AGENTE
SUBSIDIO FAMILIAR (artículos 15 y siguientes)	SUBSIDIO FAMILIAR (artículo 46)
<i>El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. [hijos, hermanos y padres]</i>	<i>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</i>

⁹ C.E., Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), Rad. 25000-23-42-000-2012-00486-01

	concepto del diecisiete por ciento (17%).
PRIMA DE SERVICIO (Artículo 4) El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.	PRIMA DE SERVICIO ANUAL (Artículo 31) Los Agentes de la Policía en servicio activo tendrán derecho al pago de una prima equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año.
PRIMA DE NAVIDAD (artículo 5) Artículo 5°. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a un mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) de noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.	PRIMA DE NAVIDAD (Artículo 32) Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año.
PRIMA DE VACACIONES (Artículo 11) El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.	PRIMA DE VACACIONES (Artículo 42) Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 80 del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.
SUBSIDIO DE ALIMENTACION El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional.	SUBSIDIO DE ALIMENTACION (Artículo 45) Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a un subsidio mensual de alimentación en cuantía que en todo tiempo determinan las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA (Artículo 8) El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma: a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%); b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%); c) Un	PRIMA DE ANTIGÜEDAD (Artículo 33) Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más.

<i>medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12).</i>	
	AUXILIO DE TRANSPORTE (Artículo 44) <i>Los Agentes de la Policía Nacional tendrán derecho a un auxilio de transporte en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno. [...]</i>
	RECOMPENSA QUINQUENAL (Artículo 43) <i>Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que completen períodos quinquenales continuos de servicio y observen buena conducta durante los mismos, tendrán derecho a una recompensa por cada cinco (5) años de servicio, equivalente a la totalidad de los haberes en actividad, devengados en el último mes en que cumplan el quinquenio.</i>

Resulta entonces que, el subsidio familiar según el Decreto 1091 de 1995, es una prestación que se reconoce 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; empero, dicha prestación no constituye factor salarial.

En lo que atañe a las prestaciones por retiro, el artículo 49, señala que se liquidaría sobre el sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad, una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio, y, una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones.

El Decreto 4433 de 2004, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, también excluyó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo; no obstante, reconocerla como partida computable para liquidar las asignaciones de retiro de los oficiales, agentes y suboficiales.

En este contexto bien podría arribarse a la conclusión que existe un trato discriminatorio del personal del nivel ejecutivo respecto los demás integrantes de la Policía Nacional; no obstante, a juicio a este despacho las disposiciones normativas que exceptúan el subsidio familiar como componente de la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo contenidas en el parágrafo del artículo 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858, no son contrarias a la Constitución, pues resulta que el régimen prestacional del nivel ejecutivo es especial, de ahí que, es más favorable que el régimen ordinario de un agente. En ese entendido, la igualdad a la que hace alusión el actor se desnaturaliza, dado, que si bien todos pertenecen

a la Policía Nacional, por razón de ser un cuerpo jerarquizado el régimen salarial y prestacional se determina de acuerdo con las diferentes funciones y responsabilidades; por lo que, al no estar en igualdad de condiciones con los demás miembros del a Policía Nacional, no es posible alegar trato desigual, contrario a ello, lo que se pretende es favorecer los intereses de una sola persona.

9. CASO CONCRETO

De la prueba documental traída a la presente actuación, se advierte que en efecto el Intendente Jefe **JOSÉ HERNÁN BOHÓRQUEZ ROJAS** prestó sus servicios a la Policía Nacional por un término de 25 años y 8 meses, razón por la cual mediante la Resolución No. 8252 del 30 de noviembre de 2011, la entidad accionada reconoció su asignación de retiro teniendo como partidas computables las certificadas por la entidad accionada (fl. 9), así:

Sueldo básico	\$ 1.804.093
Prima de retorno a la experiencia	\$ 126.287
Prima de navidad	\$ 208.247
Prima de servicios	\$ 82.105
Prima de vacaciones	\$ 85.526
Subsidio de alimentación	\$ 40.137
TOTAL	\$ 2.346.395

Se evidencia entonces que, al demandante que percibió el subsidio familiar en cuantía de \$44.272¹⁰, mientras estuvo en servicio, no le fue incluida dicha partida en la liquidación de la mesada de la asignación de retiro.

En virtud de lo anterior, de acuerdo a lo expuesto en precedencia el trato diferenciado encuentra justificación en la diferencia que existe entre regímenes; el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo incluye como partidas computables: el sueldo básico, la prima de retorno a la experiencia, el subsidio de alimentación, la duodécima parte de la prima de servicio, la duodécima parte de la prima de vacaciones y la duodécima parte de la prima de navidad devengada, lo que en suma arroja una asignación de retiro muy superior a la que devengaría los que ostentan el grado de agente.

Por esta razón, considera el despacho que no existe vulneración al principio de igualdad, pues, es claro que el trato diferenciado se justifica en las condiciones salariales en uno y otro caso y es proporcional en la medida en que recibe mayores ingresos que un agente.

En este orden, como quiera que la prestación se liquidó con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1091 de 2005, 4433 de 2004, y 1858 de 2012, no es posible

¹⁰ Hoja de servicios folio 10

accederse a lo pretendido de ordenar la reliquidación de la asignación que percibe el actor con la inclusión del subsidio familiar, pues, para privilegiar un régimen en particular debe acudirse a otras disposiciones lo que sin lugar a dudar contraría el principio de inescindibilidad de la Ley.

En este orden de ideas, como quiera que no existe fundamento jurídico o violación constitucional no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

10. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda pues no hay lugar a la reliquidación solicitada por el actor, como quiera que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció la prestación del actor con sujeción a la normatividad vigente y aplicable al caso. Si bien en apariencia puede existir vulneración al derecho a la igualdad, a juicio de este despacho, dicho trato desigual resulta justificado y proporcionado.

11. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

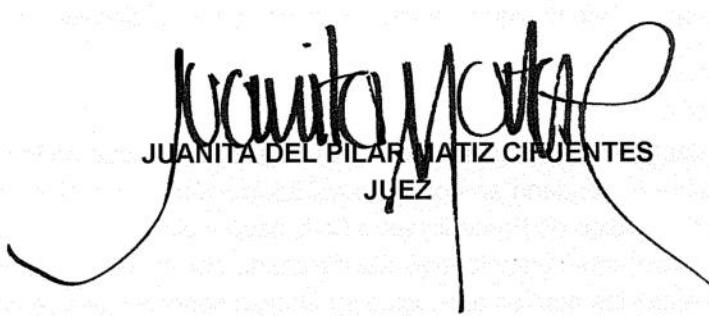
SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C. G. P, para lo cual se fija **la suma equivalente al 4% de lo pedido** como agencias en derecho.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso y su hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ Cárdenas
JUEZ