



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

TEMA: RELIQUIDACION DE SUBSIDIO FAMILIAR CON INCLUSIÓN DE SUBSIDIO FAMILIAR
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GLADYS GIL HERNÁNDEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
RADICADO: 73001-33 -33- 011-2019-00097-00

Como el proceso se ha tramitado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Gladys Gil Hernández contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR.

I. ANTECEDENTES

1.- La Demanda¹

1.1.- Pretensiones²

Declaraciones:

1-. Se inapliquen por inconstitucionales e inconventionales los parágrafos de los artículos 15, 49, 23 y 3 de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, respectivamente.

2-. Se declare la nulidad de la Resolución u Oficio No. E-00003-201827188-CASUR Id: 386165 del 18 de diciembre del 2018, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

A Título de Restablecimiento del Derecho:

3-. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la **CAJA SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** a reconocer y pagar a la demandante la reliquidación de la asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social el subsidio familiar de la siguiente manera:

- En un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde al esposo de la demandante.

¹ Folios 2 al 54.

² Folio 4 al 5.

- En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo.
- En un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde a su segundo hijo.

Lo anterior, junto con los intereses e indexación que se hubiere causado desde el 4 de marzo de 2013, fecha en la cual, la demandante se retiró de la institución policial.

4-. Que la entidad demandada cancele las sumas correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio como factor salarial.

1.2.- Hechos³

1-. La demandante ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1991, e inició su vida laboral bajo el régimen denominado “Nivel Ejecutivo”.

2-. Los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, dispusieron que el subsidio familiar percibido por los uniformados no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

3-. La actora solicitó a CASUR el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro.

4-. Mediante acto administrativo No. E-00003-201827188-CASUR Id: 386165 del 18 de diciembre del 2018, CASUR negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

5-. Actualmente, la demandante devenga asignación de retiro en un porcentaje del 79% de lo que corresponde a un Intendente de la Policía Nacional, dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar.

1.3. Normas violadas

Los párrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.

1.4 Concepto de la violación⁴

Argumentó, que según el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de una familia como núcleo básico de la sociedad, dicho concepto, debe ser reconocido a los trabajadores de medianos y menores ingresos.

³ Folio 5 a 6.

⁴ Folios 6 al 51.

Señaló, que por vía jurisprudencia se ha establecido, que el subsidio familiar es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, según el cual, el Estado debe garantizar la protección integral de la familia.

Sustentó, que para el año 1982 la Policía Nacional estaba compuesta por tres categorías a saber: i) Oficiales, ii) Suboficiales y iii) Agentes, de acuerdo con ello, se consideró pertinente regular el régimen de carrera, salarial y prestacional de dichas categorías por separado, fue por ello, que, para la época regían el Decreto 613 de 1977 respecto a los Oficiales y Suboficiales y el Decreto 609 de 1977 en relación con los Agentes.

El Decreto 613 de 1977 establecía que los Oficiales y Suboficiales tenían derecho al reconocimiento del subsidio familiar, mientras estuvieran en actividad y se destacó, que dicho concepto sería partida computable para liquidar sus asignaciones de retiro, lo cual, se mantuvo durante la década de los noventa (90`), incluso en los decretos 1212 y 1213 de 1990.

Argumentó, que con la creación del “nivel ejecutivo” al interior de la Policía Nacional, mediante Decreto 1029 del año 1994, el subsidio familiar también fue reconocido a los uniformados pertenecientes a dicho nivel, sin embargo, se precisó que tal concepto no se computaba para efectos prestacionales, excepción que se mantuvo hasta el Decreto 1091 de 1995.

Seguidamente, expuso que el subsidio familiar reconocido a los miembros de la fuerza pública, en general, es una herramienta implementada servir de motor económico a los menores y adolescentes integrantes de cada núcleo familiar, quienes merecen especial protección del Estado, por ende, no considerar el subsidio en mención como partida computable en la asignación de retiro del actor va en contra del interés superior del menor, por lo cual, solicita se estudien las pretensiones de la demanda de cara a los postulados previstos en la Ley 1098 de 2006 en materia de infancia y adolescencia.

Acusa de nulidad el acto demandado, por transgresión al derecho a la igualdad a quienes integran el nivel ejecutivo con relación a las demás categorías que conforman la Policía Nacional, esto bajo la mirada directa de la finalidad de la prestación social en comento, pues no se encuentra justificación que permita validar la diferencia porcentual que se reconoce a los oficiales, suboficiales y agentes con respecto a los miembros del nivel ejecutivo, así mismo, tampoco existe motivo que sustente el hecho que el subsidio familiar sea incluido como factor salarial para aquellos, excluyendo directamente a estos.

Reprochó, el hecho que los oficiales perciban un salario mayor que los miembros del nivel ejecutivo y, aun así, el subsidio familiar es menor para los integrantes de esta última categoría, situación que cataloga como incongruente y que raya con el sistema Constitucional Colombiano.

Formuló cargo por violación al derecho nacional e internacional relativo a la protección y no discriminación del menor, a su vez solicitó, que el presente asunto sea estudiado a la luz del artículo 2º, numeral 2º de la Convención sobre derechos del niño, pues vislumbra desigualdad respecto al otorgamiento de beneficios económicos para los hijos de los uniformados al interior de la Policía Nacional.

Propone un tercer cargo de nulidad, consistente en transgresión al principio de progresividad y prohibición de retroceso, ya que la inclusión de los factores salariales para efectos prestacionales ha sido una protección constante, sin embargo, en la actualidad esta prevista para los oficiales, suboficiales y agentes, dejando a un lado a los miembros del nivel ejecutivo, con lo cual se atacó de manera directa a las familias respectivas, lo cual implicó un retroceso en materia de seguridad social para estos uniformados.

Finalmente, postula como cuarto cargo de nulidad, la transgresión al derecho internacional, sustentando, que Colombia tiene el compromiso a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, de ampliar progresivamente la seguridad social de los administrados, procurando la efectividad de sus derechos, sin embargo, en tal punto la demandante presenta un desmejora ya que al pertenecer al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, no tiene consagrado el subsidio familiar como factor salarial.

1.5.- Contestación de la demanda⁵

A través de apoderado judicial y dentro del término procesal oportuno, la entidad demandada presentó oposición, la cual se sintetiza a continuación:

Indica que los Decretos 1091 de 1995, 443 de 2004 y el 1558 de 2012 conforman, entre otros, el régimen de asignaciones y prestacional para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Señala que dicho régimen laboral y prestacional para el personal del nivel ejecutivo contempla la prohibición de desmejorar las condiciones de quienes voluntariamente se acogieron al mismo.

Agrega que la asignación de retiro de la demandante se liquidó en la manera que determinaba expresamente el marco normativo vigente en el momento; bajo dicha línea argumentativa propone la excepción denominada “inexistencia del derecho”.

Para fundamentar su postura cita jurisprudencia de la sección Segunda del Consejo de Estado.

II. TRÁMITE PROCESAL

⁵ Anexo 1 del expediente digital-pág. 134 a 138.

La demanda correspondió por reparto el 6 de junio de 2019, mediante auto de fecha 16 de octubre de 2019 fue admitida⁶, efectuadas las notificaciones de rigor, con auto del 26 de agosto de 2021 se fijó el litigio, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se dictó pauta para emitir sentencia anticipada.

En ese orden, tal como se aprecia en constancia secretarial⁷ que reposa en el trámite, el 26 de octubre de 2021, el proceso ingresó al despacho para proferir sentencia.

2.1. Alegatos de Conclusión

2.1.1. Parte demandante⁸

Sostuvo que, aunque el subsidio familiar de paga junto con otros emolumentos que conforman el salario del trabajador no es el empleado el beneficiario directo de dicha partida prestacional, sino que es también una prebenda legal de la cual su destinatario final es la familia del empleado.

Señaló que existió un retroceso en materia de seguridad social en el caso de los uniformados del nivel ejecutivo, lo anterior por cuanto anteriormente se había brindado la posibilidad de que todos los miembros de la institución devengaran un 30% por uniones conyugales o de hecho y hasta un 17% por los hijos, y que además estos fueron incluidos como factor salarial en sus prestaciones periódicas, no obstante, se coartó el derecho de las familias de quienes pertenecen al nivel ejecutivo desde su misma creación al despojarlos de dicha protección.

Enfatiza en que se presenta un desconocimiento al derecho a la igualdad y una flagrante discriminación con respecto del reconocimiento y forma de aplicación del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, esto pues no encuentra válido que la aplicación y reconocimiento del subsidio familiar se lleve a cabo de forma diferente entre las categorías que componen la Policía Nacional, dicha postura teniendo en cuenta la finalidad de dicha prestación social, para ello realiza comparación entre las categorías de Oficial, Suboficial, Agente y quienes integran el Nivel Ejecutivo, teniendo en cuenta para ello el parámetro de inclusión del subsidio familiar como partida salarial.

Reprocha que siendo el subsidio familiar una prestación que debe ser reconocida a los trabajadores que poseen menores o medianos ingresos, al interior de la Policía Nacional son los Oficiales los mejores remunerados en cuestión de salario básico, y siempre han sido beneficiarios del reconocimiento del subsidio en un 30% para la esposa o compañera o permanente y un 17% por los hijos, y computándose al momento de liquidar asignaciones de retiro de pensiones.

2.1.2. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR⁹

⁶ Folio 95.

⁷ Anexo 9 del expediente digital.

⁸ Anexo 8 del expediente digital.

⁹ Anexo 06 del expediente digital.

Argumentó que el régimen de asignaciones y prestaciones el nivel ejecutivo en la Policía Nacional se contempla en el Decreto 1091 de 1995, estableciéndose categóricamente en este que el subsidio familiar NO ES SALARIO, ni se computa como factor de este en ningún caso.

Reitera, como lo hiciera en la contestación de la demanda, que a la demandante le fue aplicada la normatividad vigente a la fecha de su retiro, por tanto, la Institución carece de facultades legislativas para expedir normas que regulen aumentos del sueldo del personal adscrito a la misma, o de las asignaciones de retiro.

Añadió, que conforme al numeral 23.2 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004, se determina específicamente las partidas básicas sobre las cuales se liquida la asignación mensual de retiro al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, las cuales son aplicables dentro de la asignación de retiro únicamente para los miembros pertenecientes a los escalafones de Agentes, Suboficiales y Oficiales, contenidas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, no siendo este el caso del actor, toda vez que, al homologarse al Nivel Ejecutivo, las condiciones con las cuales se reconociera cualquier derecho prestacional cambiaron, al estar regulada por normas de carácter especial para cada uno de estas categorías.

2.1.4. Ministerio Público

No presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Se contrae a determinar, si se encuentra viciado de nulidad el Oficio No. E-00003-201827188-CASUR Id: 386165 del 18 de diciembre del 2018 proferido por el director general de CASUR en observancia a los cargos de la demanda, y en consecuencia si es procedente el reajuste de la asignación de retiro de la accionante incluyendo el subsidio familiar devengado en actividad como factor de liquidación de la prestación, inaplicando para ello, lo dispuesto en el Decreto 4433 del 2004 respecto de las asignaciones de retiro de los policiales pertenecientes al nivel ejecutivo.

3.2. Tesis

Se negarán las pretensiones de la demanda, ya que el subsidio familiar, no se encuentra consagrado como factor computable a la asignación de retiro dentro del régimen prestacional que cobija a la demandante, sin que ello implique transgresión del derecho a la igualdad o discriminación en relación a los Oficiales y Suboficiales, esto dada la existencia de criterios diferenciales objetivos que

impiden equiparar a unos con otros, también, no hay lugar a predicar desconocimiento de favorabilidad laboral alguna, ya que, por un lado, frente a quienes fueron homologados al nivel ejecutivo, no se presentó regresión en su derechos y por el otro, la inescindibilidad normativa exige aplicar un régimen laboral en su integridad.

3.3. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el Despacho

Para resolver, el Despacho abordará inicialmente el marco normativo referente al subsidio familiar en la Policía Nacional, luego, considerando la discusión propuesta por la parte actora, se descenderá al caso concreto a efectos de analizar los cargos de nulidad formulados en la demanda: i) Transgresión del derecho a la igualdad, ii) Violación del derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación del menor colombiano, iii) Transgresión del principio de progresividad y prohibición de retroceso y iv) Transgresión al derecho internacional.

3.3.1. Marco normativo de la partida cuyo computo se pretende (Subsidio Familiar)

Inicialmente, es preciso indicar que el artículo 150 Superior en su numeral 19, literal e), establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

En ese orden, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas en el artículo 35 de la Ley 62 de 1993, profirió el Decreto 041 de 1994, por medio del cual, además de modificar las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, creó y reguló el Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional.

Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994¹⁰, declaró inexecutable los apartes que se referían al nivel ejecutivo, en cuanto consideró que el Gobierno Nacional excedió el límite material fijado en la Ley 62 de 1993, que le otorgaba facultades extraordinarias, por lo tanto, que toda la reglamentación del nivel ejecutivo salió del sistema jurídico.

Dado el efecto de la declaratoria de inexecutable parcial del Decreto 041 de 1994, fue expedida la Ley 180 de 1995 (Diario Oficial, No. 41.676, de 13 de enero de 1995)¹⁴, la cual dispuso en su artículo 1º que la Policía Nacional se conforma por “Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.”

¹⁰ Con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En el artículo 7º de la mencionada ley, se estableció que de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, se revestía al Presidente de la República de facultades extraordinarias, para entre otras cosas, desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo, a la cual podrían vincularse “Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa”; y en el parágrafo, se dijo 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 consecuencia, través del Decreto No.1091 de 27 de junio de 1995, se estableció el “régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995”, y reguló lo concerniente al subsidio familiar en los artículos 15, 16 y 17, así:

“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”.

Por su parte, en el artículo 49 de la disposición legal en cita, se estableció las partidas computables para los miembros beneficiarios de este régimen en su asignación de retiro, de la siguiente forma:

“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.” (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, cabe resaltar que esta disposición guarda coherencia con lo estipulado en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, en las que se mantuvieron las mismas partidas computables para las asignaciones de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En lo que atañe a la naturaleza jurídica de la prestación en comento y su finalidad esencial, la Corte Constitucional ha precisado:

“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 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.”¹¹

¹¹ **Sentencia T-588/04** - Referencia: expediente T-855215 - Acción de tutela instaurada por Pedro nel Gaviria Toro contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Es menester precisar, que en dicha decisión la Corte amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó considerar el subsidio familiar en la reliquidación pensional del actor, sin embargo, el mismo tenía la condición, cuando estuvo en servicio activo, de **SUBOFICIAL**, es decir, no pertenecía al nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Como puede observarse, si se atiende al tenor literal de las normas en cita, tenemos que el subsidio familiar es una prestación social diseñada para ser pagada en especie, dinero y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, concepto que por expresa prohibición legal, no constituye salario ni es computable para efectos pensionales, ahora, el derecho a percibirla durante la vigencia de la relación laboral, depende que el uniformado tenga a cargo las personas que se enlistan o describen en el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995.

En lo que respecta a las características y naturaleza de la prestación en comento, no cabe duda de que tiene un carácter asistencial cuyo objetivo es brindar cobertura a la familia del uniformado para atender sus necesidades básicas.

Sin embargo, la discusión propuesta por la parte actora no se circunscribe a las condiciones de aplicación de las normas referidas, sino que solicita precisamente que se inapliquen por tornarse inconstitucionales e inconventionales, según su criterio, petición que será analizada a continuación en el caso concreto.

4. Caso concreto

En el presente asunto se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que mediante Resolución No. 1558 del 18 de marzo de 2013, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la asignación mensual de retiro al demandante, a partir del 04 de marzo de 2013 (Fls. 63 y vuelto).
- Mediante petición presentada en fecha 24 de octubre de 2018, la parte demandante solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, la reliquidación de la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar como partida computable. (Fl.57-58)
- Que a través de Oficio radicado E-00003-201827188-CASUR Id: 386165 del 12 de diciembre de 2018, la entidad demandada negó lo solicitado. (Fl.61 y vuelto)
- Que según la hoja de servicios No. 65742691 del 13 de enero de 2013, la demandante ingresó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde el 01 de marzo de 1996. (Fl.62)
- Que, en la liquidación de la asignación de retiro de la demandante el subsidio familiar no fue considerado ni reconocido como partida computable, de acuerdo a desprendible 107940816 de abril de 2019 (Fl.67)

Pues bien, vistos los hechos probatoriamente soportados al interior de la presente actuación, tenemos que la primera pretensión de la demanda consiste en la inaplicación por inconstitucional de los **parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012**, adicionalmente, la

parte actora ha sido enfática en señalar desconocimiento al derecho a la igualdad, afirmando que el personal del nivel ejecutivo registra un trato diferenciado no justificado Constitucionalmente frente a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

En torno a la discusión propuesta por la demandante, tenemos que el 25 de noviembre de 2019¹², con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sede del medio de control de simple nulidad, abordó precisamente el estudio, entre otras, de las siguientes disposiciones:

Parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995.

“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 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».

Parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004:

«Artículo 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:

¹² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B - Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Bogotá D.C., 25 de noviembre de 2019, Expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) 110010325000201401554-00 (5008-2014)

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 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 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.

Parágrafo. 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». (Subraya la Sala).

Parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012

«**Artículo 3.** 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 01 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.»

En relación con las normas en cita, la Alta Corporación planteó los siguientes problemas jurídicos a resolver:

1. “Analizar si los decretos parcialmente demandados, al establecer que la «prima del Nivel Ejecutivo» y el «subsidio familiar» no configuran factor salarial, desconocen los artículos 2 de la Ley 65 de 1946,[47] 42 del Decreto Ley 1042 de 1978,[48] 10 del Decreto Ley 1160 de 1989,[49] 14 de la Ley 50 de 1990[50] y, 11, 21 y 127 de la Ley 100 de 1993[51] y, por el **Convenio 95 de 1949 de la OIT**,[52] aprobado por la Ley 54 de 1962.[53], en tanto son recibidos de manera habitual y periódica por los uniformados del Nivel Ejecutivo.”
2. “Establecer si los apartes normativos cuestionados **generan un trato desigual y discriminatorio hacia los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública en general, esto es, Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional, a quienes sí se les reconoce el «subsidio familiar» como factor salarial para efectos de computárseles en otras prestaciones como cesantías, asignación de retiro, indemnización por lesiones e indemnización por invalidez.**”
3. “Señalar si con la expedición de las disposiciones normativas acusadas se desconocieron los **principios laborales de «favorabilidad», «prevalencia de la condición más beneficiosa» y «progresividad», de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional**, ya que las normas que se encontraban vigentes antes de su expedición, esto es, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, sí le atribuían al «subsidio familiar» la connotación de factor salarial para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los uniformados de la Fuerza Pública.”

Como puede observarse, los problemas jurídicos planteados por el Consejo de Estado guardan identidad en su contenido y alcance con dos de los cuatro cargos de nulidad propuestos en la demanda denominados “transgresión al derecho a la igualdad y al principio de progresividad y prohibición de retroceso”.

En otras palabras, los cargos formulados por la demandante ya fueron analizados por el órgano de cierre referido y frente a ellos, concluyó lo siguiente:

Frente a la naturaleza jurídica del subsidio familiar e incidencia prestacional:

“De la legislación vigente sobre el subsidio familiar, se desprenden las siguientes características fundamentales del subsidio familiar:”

“No constituye salario ni se computará como factor de este en ningún caso, toda vez que su finalidad no es la de retribuir directamente la prestación del servicio, sino que desde su creación se estableció como una prestación social cuyo propósito es subvencionar las cargas económicas que para el trabajador representa el sostenimiento de la familia.”

“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, 7, **15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004[100] y 3° del Decreto 1858 de 2012**, 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.**

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.

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

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, 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, 10 del Decreto Ley 1160 de 1989, 14 de la Ley 50 de 1990 y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.**”

Respecto a la transgresión del derecho a la igualdad en relación con los miembros del nivel ejecutivo frente Oficiales y Suboficiales pertenecientes a la Policía Nacional:

“Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995 como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990, posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.”

“En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.”

“De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, **ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y**

funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado y, en tal medida, este tercer cargo no prospera.

Respecto a los principios de favorabilidad y no regresividad laboral en la materia examinada:

***“...se concluye que no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que, desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.*”**

A partir de lo anterior es claro que el subsidio familiar, por expresa disposición legal no es computable para efectos pensionales en el régimen prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sin que ello implique transgresión del derecho a la igualdad o discriminación, ya que los miembros del Nivel Ejecutivo, por las razones mencionadas, no son equiparables a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional¹³ y finalmente, el hecho que el subsidio familiar si sea computable a estos servidores y no a los pertenecientes al nivel ejecutivo, no es pauta para predicar desconocimiento de favorabilidad laboral alguna, ya que, por un lado, frente a quienes fueron homologados al nivel ejecutivo, no se presentó regresión en sus derechos y por el otro, la inescindibilidad normativa exige aplicar un régimen laboral en su integridad; al respecto el consejo de estado ha sostenido:

***“...en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas respecto de la condición de agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales. [...] Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el sub examine, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1 de agosto de 1995, y estuvo vinculado hasta el 13 de julio de 2013, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que solo el 22 de octubre de 2013 presentó petición para que le fueran tenidos en*”**

¹³ En un caso igual, el Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 28 de Julio de 2020, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Collazos Olaya, (Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho Radicación: 73001-33-33-010-2018-00477-01 Demandante: Carlos Humberto Reina Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional) precisó: Pues bien, como quedó plasmado en esta providencia líneas atrás, las consideraciones antepuestas no tienen vocación de prosperar, ya que el Consejo de Estado al analizar los mismos cargos frente a las normas acusadas, coligió, de un lado, que resulta razonable que aquella prestación no constituya salario para ningún efecto; y de otro, que los supuestos de hecho sometidos a comparación entre un régimen salarial y otro (nivel ejecutivo vs oficiales y suboficiales de la Policía Nacional) comportan situaciones objetivas, materiales y funcionales que no son equiparables, aceptando que merezcan un trato diferenciado.

cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990].”¹⁴

En iguales condiciones a la que se describe en la cita, en este caso la demandante fue homologada al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 01 de marzo de 1996 y estuvo vinculada hasta 04 de marzo de 2013 y solo hasta el 24 de octubre de 2018 solicitó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, la cual, vale la pena referir, fue reconocida desde el 18 de marzo de 2013, es decir, más de 5 años antes de presentar la reclamación inicial en sede administrativa.

Adicionalmente se enfatiza, que acorde a los artículos 23 y 26 del Decreto 4433 de 2004, los aportes que el personal del Nivel Ejecutivo en servicio activo realiza a la caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional, se hacen sobre las partidas contempladas en el artículo 23, listado dentro del cual no está previsto el subsidio familiar, luego sería contra principio de solidaridad, considerar dicha prestación para aumentar el ingreso base sobre el cual se calcula la asignación de retiro, si durante el servicio activo nunca se realizaron aportes al sistema de seguridad social en relación con dicho concepto.

Así las cosas, los cargos de nulidad denominados *TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE RETROCESO*, no prosperan por las razones y argumentos expuestos.

En consideración al cargo titulado “*TRANSGRESIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL*”, analizado su contenido, se verifica que replica en distinto orden los argumentos esbozados frente al cargo relacionado con la no regresividad laboral, de manera que, como a dichos planteamientos ya se dio respuesta desfavorable en líneas anteriores, corre la misma suerte y debe declararse no prospero.

Finalmente, en lo que respecta al cargo denominado “*VIOLACIÓN DEL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL A LA PROTECCIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN DEL MENOR COLOMBIANO*”, el mismo no tiene vocación de prosperidad, ya que, si bien el subsidio en comento está diseñado para ser percibido en servicio activo y opera porcentualmente en función del número de hijos que tenga el uniformado, el hecho de no ser considerado como partida computable para efectos pensionales, no se constituye un argumento sólido para predicar discriminación de los hijos de los miembros del nivel ejecutivo respecto a los hijos de oficiales y suboficiales, si bien, ambos grupos de servidores tienen familias naturalmente, pues no solo ellos las tienen, incluso cada miembro de la policía nacional indistintamente el grado, función o jerarquía, en este evento, realmente el criterio propuesto por la demandante no comporta el fundamento objetivo necesario y probado para precisar el trato discriminatorio que se formula, por ende, se despacha desfavorablemente.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01926-01(1898-16) Actor: CARLOS ALBERTO CASTRILLÓN YEPES Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Por lo expuesto, habrán de negarse las pretensiones de la demanda, disponiendo sobre la condena en costas en el acápite siguiente.

6. Con relación a la condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹⁵ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandante, en tanto resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandada presentó contestación, propuso excepciones y alegó de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.040.748 equivalente al 3% de las pretensiones negadas, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar probada la excepción denominada: “Inexistencia del derecho”, propuesta por la entidad demandada por lo expuesto en precedencia.

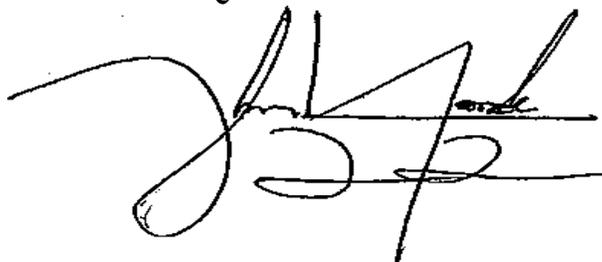
¹⁵ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda, en razón a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$1.040.748.

CUARTO. Archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez

Firmado Por:

John Libardo Andrade Florez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
11
Ibague - Tolima

Código de verificación: **8dc2941e050747aa8c6a6b97e526d377ce633b098b9cca5c968ce0ff4abc5f12**

Documento generado en 24/06/2022 03:03:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>