

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO

DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : SUBSIDIO FAMILIAR – Nivel Ejecutivo
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019 00428 00**
Demandante : LUIS ALFONSO GAVIRIA MIRANDA
Demandado : CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor LUIS ALFONSO GAVIRIA MIRANDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.560.835, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones

El apoderado de la parte demandante solicitó como pretensiones las siguientes:

“1. Se INAPLIQUEN POR INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES LAS SIGUIENTES NORMAS:

- a. El párrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995*
- b. El párrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995*
- c. El párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004*
- d. El párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012*

2. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo configurado consecuencia de la omisión de respuesta al derecho de petición presentado el 04 de julio del año 2019 bajo radicado No. 201921000330002 Id: 454731 mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de mi poderdante.

3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social: EL SUBSIDIO FAMILIAR en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa la señora OLGA LUCÍA REBELLON LINCE y a su vez, un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primera hija LUCIA GAVIRIA REBELLON, un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde a su tercer hija KAREN DAHIANA GAVIRIA REBELLON, junto con sus intereses e indexación desde el 25 de julio del año 2015, fecha en la cual se retiró de la institución policial.

4. Que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL deberá pagar a mi poderdante los dineros 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.

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

1.2 Relación Fáctica

El señor Luis Alfonso Gaviria Miranda ingresó a la Policía Nacional en el año 1994 en la categoría del Nivel Ejecutivo, por lo que se le aplicó el Decreto 1091 de 1995 que en el artículo 15 y 49 dispuso que el subsidio familiar percibido por los uniformados no constituye factor para liquidar las prestaciones sociales.

Mediante derecho de petición el accionante solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se le reconociera como partida computable dentro de la asignación de retiro, el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.

Desde la presentación del derecho de petición han transcurrido más de tres meses configurándose acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo ante la negativa de respuesta de fondo a la petición presentada por el accionante el 4 de julio de 2019, con lo cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional niega la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de asignación de retiro.

Actualmente el accionante devenga una asignación de retiro en un porcentaje del 83% de lo que corresponde a un Intendente jefe de la Policía Nacional y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar como factor de liquidación, conforme a la Resolución No. 5223 del 12 de septiembre de 2017.

1.3 Concepto de la violación

El apoderado de la parte actora considera como normas violadas por la entidad demandada:

- Artículos 13, 42, 44, 53 y 93 de la Constitución Política.
- Artículo 2, numeral 2 de la Convención sobre los derechos del niño del año 1989.
- Artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos
- Artículos 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Artículos 1 y 7 de la Ley 1098 de 2006.

Indicó que existe una discriminación con respecto a la aplicación del reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, debido a que no es válido aceptar desde una perspectiva convencional, constitucional o legal que dicha aplicación deba emplearse de forma diferente entre las categorías que componen la institución policial, esto bajo la mirada directa de la finalidad de la prestación social.

Refirió que no está justificada la diferencia porcentual que se le reconoce a los oficiales, suboficiales y agentes con respecto a los miembros del nivel ejecutivo, como tampoco existe motivo que sustente el hecho que el subsidio familiar sea incluido como factor salarial para oficiales, suboficiales y agentes excluyendo directamente a los miembros del nivel ejecutivo.

Agregó que las familias de los miembros del nivel ejecutivo en la actualidad son iguales sustancialmente con respecto de las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, por lo que solicitó se aplique el juicio integrado de igualdad determinado en las sentencias C-015-2018 y C-053-2018 emitidas por la Corte Constitucional.

Por otra parte, manifestó que el despacho puede considerar negar las pretensiones de la demanda en consideración a que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 29 de abril de 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesional manifestó que en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. No obstante lo anterior, considera que dicho argumento lesiona el sistema social de derecho colombiano, toda vez que si bien protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema permite el supuesto “principio” desplace la

protección de derechos fundamentales como son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente colombiano. Refirió que la Corte Constitucional en diferentes sentencias ha acogido la tesis referente a que los derechos fundamentales priman y prevalecen sobre el eje orientador constitucional de sostenibilidad fiscal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional contestó la demanda en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el oficio demandado se funda en las normas debidas y fue expedido de acuerdo con las pruebas recolectadas y, se opuso a la condena en costas.

Indicó que el demandante reclama se liquide su asignación mensual de retiro con las normas de agentes contenidas en el Decreto 1213 de 1990, desconociendo que voluntariamente se acogió al nivel ejecutivo, por lo tanto para su liquidación de asignación de retiro se tomaron criterios de liquidación contenidos en el Decreto 1091 de 1995 y el Decreto 4433 de 2004 que regula el mismo aspecto, por lo que se concluye que la asignación se encuentra ajustada en los porcentajes fijados por dicho decreto y con lo certificado por la Policía Nacional en la hoja de servicios.

Agregó que la partida solicitada en el libelo introductorio tan solo es aplicable para miembros activos del nivel ejecutivo y no para retirados como en el caso del accionante. Aunado a ello, en la hoja de servicios del demandante no se evidencia que en servicio activo haya devengado la partida del subsidio familiar.

Propuso como excepciones de mérito la *Inexistencia del derecho*, excepción en la cual hizo referencia a la prima de actualización por tratarse de un derecho inexistente ante la desaparición de ésta a partir del 1 de enero de 1996.

3. CONVOCA A SENTENCIA ANTICIPADA

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se convocó a sentencia anticipada, se otorgó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por las partes, se fijó el litigio y se concedió el término de diez días para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.1 El apoderado de la **parte demandada** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, respecto a que al accionante se le reconoció la asignación mensual de retiro, de conformidad con lo normado en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012 y demás concordantes, por lo cual se encuentra ajustado a derecho. Hizo referencia a las normas que regulan el subsidio familiar para el nivel ejecutivo y solicitó se declare probada la excepción de inexistencia de derecho; se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas al demandante.

3.1.2 El apoderado de la **parte demandante** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda. indicó que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados y que su función es exclusiva de la protección a la familia. Agregó que no se condene en costas a la entidad demandada.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

En el presente asunto se debate la legalidad del acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional respecto a la solicitud elevada por el demandante con el radicado No. 201921000330002 ID454731 del 4 de julio de 2019 con el fin de obtener la reliquidación de su asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar como factor salarial.

Al respecto, tenemos que comenzar diciendo, que el acto ficto o presunto, como su nombre lo indica, es una ficción del legislador que apunta a darle efectos jurídicos al silencio de la Administración, esto es, cuando no efectuó pronunciamiento alguno frente a una petición o no notificó la decisión al interesado.

El silencio administrativo negativo está consagrado en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de señalar que transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

Hecha la anterior precisión, se tiene que en el expediente copia del derecho de petición radicado por el demandante el día 04 de julio de 2019, por medio del cual solicitó la reliquidación de su asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar como factor salarial; sin embargo, dicha solicitud no fue resuelta configurándose así, el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si el demandante tiene derecho o no a que a que se le liquide y reconozca el subsidio familiar como partida computable de su asignación de retiro.

4. MARCO NORMATIVO

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco legal aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del demandante.

4.1 Norma aplicable al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

- Decreto Reglamentario 1091 de 1995, *«por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante el Decreto 132 de 1995».*

Respecto al Subsidio Familiar dispone 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.*

Por su parte el artículo 49 Ibídem, señala que:

“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».

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el **subsidio familiar** no tiene carácter salarial, por lo que no constituyen partida computable para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

- Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”. En el artículo 23 correspondiente a las partidas computables, refiere lo siguiente:

“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:

(...) 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”.

- Decreto Reglamentario 1858 de 2012, «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional»

«Artículo 3. *Fíjanse 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.»*

4.2 Estudio de legalidad de los Decretos Reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012.

Al respecto, la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 25 de noviembre de 2019, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, estudió dos demandas de simple nulidad¹ en las que se cuestionó de manera parcial, los artículos 8, 16 y 51 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994; 7, 15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; 23 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, y, 3 del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, específicamente en los apartes que señalan que para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, la «prima del nivel ejecutivo» y el «subsidio familiar» no tienen carácter salarial, es decir, que no constituyen partidas computables para tales efectos.

En la referida providencia, en cuanto al subsidio familiar, se determinó lo siguiente:

«(...) El origen, propósito y naturaleza jurídica del «subsidio familiar».

45. En el contexto histórico de la revolución industrial europea nació el concepto de subsidio familiar que propició el surgimiento del proletariado urbano y de la concentración de la riqueza en unas pocas manos; circunstancias en las que se gestaron las primeras cajas de compensación, concebidas como organismos captadores de la contribución de los empleadores a un fondo común y de redistribución de éste entre los asalariados responsables del sostenimiento de una familia, mediante la asignación de cuotas en proporción al número de hijos.

¹ Expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014) Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Defensa Nacional.

46. En Colombia, el subsidio familiar fue creado a través de los Decretos 118 de 1957 «Por el cual se decretan aumentos de salarios, se establece el subsidio familiar y se crea el Servicio Nacional de Aprendizaje» y 249 de 1957 «Por el cual se dictan normas sobre subsidio familiar», con la finalidad de crear un beneficio prestacional a favor de «los trabajadores permanentes de uno y otro sexo que laboren la jornada máxima legal y tengan a su cargo hijos [...] que dependan económicamente de ellos y sean menores de diez y ocho (18) años o estén incapacitados para trabajar por invalidez.», y en cuyo artículo señaló desde su génesis que «no es salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso.»

47. Posteriormente, mediante la Ley 58 de 1963, se amplió el campo de aplicación del subsidio « [...] a los empleados civiles y a los trabajadores oficiales, dependientes de la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las Intendencias y las Comisarías», siempre que tuvieran el carácter de permanentes y laboraran diariamente, al menos la mitad de la jornada legal, de manera que cumplieran 96 horas mensuales.

48. Con la Ley 56 de 1973, se dispuso que el subsidio familiar: (i) sería pagadero en dinero, en especie o en servicios; (ii) su objetivo sería favorecer la integración y el fortalecimiento económico, moral y cultural de la familia como núcleo básico de la sociedad; y (iii) no constituiría salario ni se computaría como factor del mismo y solo sería embargable cuando se tratara de juicios de alimentos o de acciones incoadas por razones de créditos de vivienda.

49. A través de la Ley 21 de 1982 «por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar», se define el subsidio familiar en su artículo 1.º como «una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad». Los artículos 2.º y 4.º ibidem, reiteran lo contemplado en normas anteriores, esto es, en su orden, que este «no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso» y «es inembargable», salvo las excepciones allí indicadas.

50. Ahora, el artículo 5.º de la Ley 21 de 1982 señala las mismas modalidades de pago del subsidio familiar previstas en la Ley 56 de 1973, discriminándolas además, en los siguientes términos:

«El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero especie o servicios de conformidad con la presente ley.

Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación.

Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta ley.

Subsidio en servicio es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la ley.» (Subraya la Sala)

51. Con posterioridad, mediante el artículo 6º de la Ley 71 de 1988, se amplió la cobertura del sistema del subsidio familiar a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero, así:

«Artículo 6.- Modificado por el art. 1, Ley 1643 de 2013. Las Cajas de Compensación Familiar deberán prestar a los pensionados, mediante previa solicitud, los servicios a que tienen derecho los trabajadores activos.

Para estos efectos los pensionados cotizarán de acuerdo con los reglamentos que expida el Gobierno Nacional, sin que en ningún caso la cuantía de la cotización sea superior al dos por ciento (2%) de la correspondiente mesada. Los pensionados que se acojan a este beneficio no recibirán subsidio en dinero.»

52. 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.
- Es una dádiva pagadera al beneficiario y su núcleo familiar en dinero, servicios o especie, ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de bienes distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales organizados por las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente.
- Cobija a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).
- Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia, conforme el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual «El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia».
- Por regla general es inembargable, salvo las excepciones previstas en la ley.

53. En el sector de la Fuerza Pública, el artículo 13 de la citada Ley 21 de 1982 precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían.

54. Así, para la Policía Nacional, el Decreto Reglamentario 1091 de 1995 le confirió al Nivel Ejecutivo la posibilidad de devengarlo durante el servicio activo, en los siguientes términos:

«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.» (Subraya la Sala)

55. De la norma transcrita, se observa como en las normas anteriores, que el subsidio familiar busca aliviar las cargas económicas del miembro del nivel ejecutivo, pero no constituye salario ni factor de este, en ningún caso.

56. En relación con el personal retirado de la Policía Nacional, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, prevé que para efectos de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de los miembros del nivel ejecutivo, únicamente se tendrán como partidas: (i) el sueldo básico; (ii) la prima de retorno a la experiencia, (iii) el subsidio de alimentación, (iv) 1/12 parte de la prima de servicio; (v) 1/12 parte de la prima de vacaciones. (vi) 1/12 parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

57. Sobre la naturaleza jurídica del subsidio familiar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que esta se caracteriza por una triple condición, a saber: (i) una prestación social legal de carácter laboral, que se deriva del contrato de trabajo; (ii) un mecanismo de redistribución del ingreso; y (iii) una prestación propia del régimen de seguridad social desde la óptica de la prestación del servicio. Así lo consideró la Corte Constitucional mediante la

sentencia C-508 de 1997, al decidir una demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes del artículo 73 de la Ley 101 de 1993, al pronunciarse frente al régimen jurídico de las cajas de compensación familiar, se refirió a la naturaleza del subsidio familiar, en los siguientes términos:

« [...] 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.

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”.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.»

58. En igual sentido, se han pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al considerar que el subsidio familiar es una prestación social a que tiene derecho el trabajador de bajo de ingreso salarial y cuya finalidad es solventar, en parte, las necesidades básicas de su núcleo familiar; y el Consejo de Estado, para indicar que no constituye salario ni se computa como factor de este, conforme al artículo 2.º de la Ley 21 de 1982, citado en precedencia (...)

El «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyen salario.

62. Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Sala encuentra a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994, 7, 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3.º 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.

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

64. En consecuencia, se establece que los decretos parcialmente acusados se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 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.

65. En este sentido, resulta razonable que el «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946,[103] 42 del Decreto Ley 1042 de 1978,[104] 10 del Decreto Ley 1160 de 1989,[105] 14 de la Ley 50 de 1990[106] y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.[107] (...)» (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, en la misma providencia se realizó un test de igualdad o proporcionalidad para determinar si los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional están ante una situación igual a la de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, respecto al subsidio familiar.

En el referido estudio, la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó que el Nivel Ejecutivo es un nivel diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública por lo que tienen un régimen prestacional propio, así:

“(...) 96. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que «el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla, sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

98. 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.

99. 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...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, desde su creación, cuentan con un régimen salarial y prestacional propio, dentro del cual pueden devengar la partida de subsidio familiar en servicio activo pero que para ningún efecto dicha partida constituye factor salarial.

4. CASO CONCRETO

En este orden de ideas y descendiendo al asunto bajo estudio, es preciso entrar a determinar si la situación planteada se enmarca dentro de los supuestos normativos expuestos. Conforme a las pruebas obrantes en el expediente, está debidamente demostrado que:

El señor Luis Alfonso Gaviria Miranda ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 21 de julio de 1994 y hasta el 25 de julio de 2017 (fecha de retiro) y, que su última unidad laboral fue Metropolitana de Bogotá- MEBOG, según los datos registrados en la Hoja de Servicios del accionante.

En consideración a lo anterior, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció la asignación mensual de retiro del accionante a través de la Resolución No. 5223 del 12 de septiembre de 2017, en cuantía equivalente al 83% de las partidas computables: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, prima de navidad nivel ejecutivo, prima de servicios nivel ejecutivo, prima de vacaciones nivel ejecutivo, subsidio de alimentación y prima del nivel ejecutivo, como se observa en la liquidación de asignación de retiro de fecha fiscal 25 de octubre de 2017.

Asimismo, revisado el desprendible de nómina No. 108503104 del 09 de octubre de 2019 del accionante, se observa que coinciden las partidas liquidables: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, prima de navidad del nivel ejecutivo, prima de servicios del nivel ejecutivo, prima de vacaciones del nivel ejecutivo y subsidio de alimentación del nivel ejecutivo.

En consecuencia, es claro que la entidad demandada liquidó la asignación mensual del accionante conforme a las partidas computables referidas en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, normas propias del régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y dentro de los cuales la asignación de subsidio familiar no tiene carácter salarial.

En razón de lo anterior, considera esta sede judicial que el acto administrativo demandado se ajusta a las normas vigentes que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que se negaran las pretensiones de la demanda.

5. COSTAS

Considerando que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe por parte de la entidad demandada dentro de la actuación surtida en este proceso, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en relación con la petición de reliquidación de asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar como factor salarial, formulada por el demandante el día 04 de julio de 2019 bajo el radicado No. 201921000330002 ID454731.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE²,



TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martinez
Juez
Juzgado Administrativo
054
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:
559aac8d13c6f1d71fe3229cff9fcca5923627359ec81cb370d52bea26a9d20d
Documento generado en 28/09/2021 02:36:41 PM

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

² Parte demandante: Carlos.asjudinet@gmail.com
servicios.coasjudinet@gmail.com
luchys7777@gmail.com
Parte demandada: judiciales@casur.gov.co
juridica@casur.gov.co
Harold.rios17@gmail.com
Harold.rios604@casur.gov.co