

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.41

Bogotá D.C., 7 de mayo de 2021.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 110013335-017-2018-00308-00¹

Demandante: Ricardo Benavidez Zambrano.

Demandado: CASUR.

Tema: Reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del Subsidio Familiar en personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1.- se inapliquen por inconstitucionales las siguientes normas: El párrafo del Art. 15 y, el párrafo del Art. 49 del Decreto 1091 de 1995, el párrafo del Art. 23 del Decreto 4433 de 2004 y el párrafo del Art. 03 del Decreto 1858 de 2012.

2.- Que se declare la nulidad del acto administrativo E-00003-201709057-CASUR Id: 228239 del 06 de mayo de 2017, mediante la cual se negó la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del actor.

3.- A título de restablecimiento del derecho, se condene a CASUR a reconocer y pagar al actor la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable el Subsidio Familiar en un 30% del salario básico,.

4.- Se condene a CASUR a pagar las prestaciones, subsidios, aumentos anuales y cualquier otro derecho causado más la indexación que corresponda incluyendo el Subsidio Familiar.

5.- El cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en los Arts. 192 y 195 del CPACA.

Tesis del Demandante: Que el actor ingresó a las filas de la Policía Nacional, en el año 1994 y en aplicación al Decreto 1091 de 1995, fue incorporado al Nivel Ejecutivo de la misma institución, perdiendo el derecho a que el Subsidio Familiar, percibido constituyese factor salarial para liquidar las prestaciones sociales. Que la entidad accionada negó tal reconocimiento argumentando que el numeral 23.2 del Art. 23 del Decreto 4433 de 2004, no menciona el Subsidio Familiar, como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

Considera que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por haber sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse en perjuicio del derecho a la igualdad y a los principios de progresividad y no regresividad que rigen las relaciones laborales, debido a que existe una flagrante discriminación para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, respecto a los demás miembros de la institución (Oficial, Suboficial, Agente) a quienes si se les incluye el Subsidio Familiar, como factor salarial, resultando entonces improcedente desde la perspectiva convencional, constitucional y legal, dicho trato diferenciado negativamente.

¹ judiciales@casur.gov.co notificacionesbayonagomez@gmail.com yolanda-bayona@hotmail.com Christian.trujillo390@casur.gov.co

Afirma que si se tiene en cuenta la finalidad del Subsidio Familiar, no existe argumento válido que haga posible el trato discriminatorio del que está siendo objeto el demandante, pues como se indicó con la implementación del mismo lo que se buscó fue solventar las cargas económicas del trabajador y proteger a la familia como núcleo esencial del Estado, incluyendo a los menores de edad, que tienen protección legal reforzada.

Tesis de la Demandada: Se opone a la prosperidad de las pretensiones en atención a que el acto administrativo demandado fue expedido conforme a la normatividad vigente y conforme a la prohibición del Art. 49 del Decreto 1091 de 1995, la cual nuevamente se encuentra en el parágrafo del Art. 23.2 del Decreto 4433 y posteriormente en el Art. 3 del Decreto 1858 del 2012, no es procedente la inclusión del Subsidio Familiar en la forma y términos solicitados, como quiera que el accionante hace parte del nivel ejecutivo. Afirma que de acoger las súplicas de la demanda se violaría el principio de inescindibilidad de la norma.

Respecto a la presunta vulneración al derecho a la igualdad considera que el Nivel Ejecutivo, fue creado en 1993 con fines y criterios específicos, así como normas de regulación exclusiva por lo que no es posible compararlo con otros regímenes de la Fuerza Pública, por existir condiciones distintas respecto a derechos y garantías.

Alegatos:

Parte demandante: Dentro del término legal otorgado, el apoderado judicial de la parte accionante alegó de conclusión referenciando lo expuesto por la H. Corte Constitucional, en las sentencias C-337 del 2011, C-629 del 2011, T942 del 2014 y T-623 de 2016, en relación al Subsidio Familiar, para concluir que la finalidad del mismo es materializar lo dispuesto en los Art. 48 y 53 de la Constitución Política y que su titular directo no es el trabajador, sino el núcleo familiar del mismo, entre los cuales en variadas ocasiones se encuentran menores de edad.

Que del sistema laboral de la fuerza pública, a los únicos que no se les reconoce dicho emolumento es a los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, siendo esto discriminatorio desde el punto de vista constitucional, pues no existe motivo que inspire tal desigualdad. Que si bien es cierto, el Subsidio Familiar, se reconoce a los trabajadores que poseen bajos ingresos, también es cierto que a los Oficiales y Suboficiales que devengan más que los del Nivel Ejecutivo, si se les reconoce, siendo incongruente la aplicación de dicho emolumento en este aspecto.

Solicita la aplicación del *juicio integrado de igualdad*, para lo cual considera necesario transitar tres pasos: (i) detección de tres presupuestos junto con su análisis, (ii) identificación del nivel de intensidad aplicable y, (iii) aplicación del nivel de intensidad junto con el análisis de los elementos previos. Pregunta si en el asunto bajo estudio existe una justificación razonada de argumentos constitucionalmente válidos para negar la pretensión y para responder dicho cuestionamiento afirma que en el asunto debatido nos encontramos frente a dos grupos susceptibles de compararse, a saber: los integrantes del núcleo familiar de los Oficiales y los integrantes del grupo familiar de los miembros del Nivel Ejecutivo. Refiere que a los Oficiales, se les reconoce hasta un 47% del sueldo básico del uniformado por concepto de Subsidio Familiar en actividad mientras que al Nivel Ejecutivo, se les reconoce máximo el valor de \$32.729 pesos por persona a cargo, y no constituye partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, contrario al caso de los Oficiales, para los cuales si hace parte. Refiere que no existe fundamento constitucional valido para el trato diferenciado que se le está aplicando al actor, pues si bien, podrían existir justificaciones legales, ninguno llega a ser tan relevante que permita desplazar los derechos constitucionales de la familiar, el menor de edad y la igualdad.

Parte demandada: El apoderado de la demandada alegó de conclusión expresando que la situación laboral del actor se rige por un régimen especial y que el reconocimiento de su asignación de retiro se gobernó por los criterios dispuestos en el Art. 49 del Decreto 1091 de 1995, el Art. 23 a 25 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1858 del 2012. Que su representada aplicó la normatividad vigente para el caso concreto.

Lo pretendido en la demanda es que se incluya como partida computable el Subsidio Familiar como se establece en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 es decir, como un porcentaje que se computa del sueldo básico, siendo estos regímenes diferentes y no aplicables a los miembros del Nivel Ejecutivo por ser normas que regulan la carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes. Que de acceder a esto se vulneraría el principio de inescindibilidad de la norma.

Por otro lado indicó que si el actor consideraba que existía una discriminación en los decretos referidos, debió iniciar una acción de inconstitucionalidad y no una nulidad y restablecimiento del derecho.

Identificación del acto enjuiciado: Se pretende la nulidad del acto administrativo E-00003-201709057-CASUR Id: 228239 del 06 de mayo de 2017, mediante la cual se negó la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del actor

Problema Jurídico: Consiste en establecer si el accionante tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de su asignación de retiro establecido para el personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en términos del decreto 1212 y 1213 de 1990 para oficiales, suboficiales y agentes de la Policía nacional siendo integrante del nivel ejecutivo de la Policía Nacional

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Marco normativo del subsidio familiar para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

El Decreto 1091 de 1995, “por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995”, consagra 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.* (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Por su parte, el artículo 23 del 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” indica las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes señalando las siguientes 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.*

Así mismo, el Decreto 1858 de 2012, en su artículo 3, consagra las 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 1 de enero de 2005, 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. Duodecima parte de la prima de vacaciones.

6. Duodecima 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.”

Resulta pertinente resaltar apartes de la sentencia de Consejo de Estado en donde se analiza la regulación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional contenida en el Decreto 1091 de 1995²:

*Las Subsecciones A y B de la Sección Segunda de esta Corporación ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y han concluido, en reiteradas providencias³ que el **reígimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, resulta más favorable** que el que cobijaba a los suboficiales y agentes de la institución, porque la asignación salarial les resultó favorable, por ende, no se puede entender que hubo vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial, como el que alega el demandante. Así se discurre en una de tantas sentencias:*

(...) Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. (...)

Además, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse, en este caso, al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conllevaba la aceptación y acogida de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales para el mismo. (...)

Lo probado en el proceso y Caso concreto.-

Según se desprende de la hoja de servicios de fecha 24 de febrero de 2016 visible a folio 28 del expediente, que el accionante estuvo vinculado a la Institución como Alumno Nivel Ejecutivo, desde el 01 de marzo de 1993 al 31 de enero de 1994 y en el Nivel Ejecutivo, desde el 01 de febrero de 1994 al 09 de mayo de 2016, es decir, por 23 años, 9 meses y 05 días.

Igualmente se advierte que el accionante nunca se desempeñó como agente, luego nunca le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1213 de 1990 porque siempre laboró en el nivel ejecutivo y su situación se reguló siempre por el Decreto 1091 de 1995

Que mediante Resolución No. 5685 del 09 de agosto de 2016, se reconoció y ordenó el pago de la asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 81% de las partidas computables de conformidad con lo ordenado en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012. (Fl.29-30).

En el caso no es posible hacer una interpretación de la inclusión del subsidio de familia en la asignación de retiro como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes Decretos 1212 y 1213 de 1990 y para el nivel ejecutivo Decreto 1091 de 1995.

Tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales para los agentes que se homologaron al nivel ejecutivo..

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 23 de marzo de 2017, Radicación número: 25000- 23-25-000-2011-00238-01(1669-13), Actor: Gerardo Antonio Celis, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

³ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Velez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546- 13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).

Sobre el cambio de régimen, la sentencia C-313 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

“[...] Es decir, que quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez a la carrera docente [...] En la medida en que esa asimilación es voluntaria, si dadas estas condiciones ella no resulta atractiva para sus intereses, el docente podrá optar por mantenerse en el antiguo régimen en el que le son reconocidos dicho tiempo de servicio y experiencia.” (Resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes.

Los agentes suboficiales y oficiales y, los miembros de la Policía Nacional no tienen la misma categoría ni las mismas funciones, ni las mismas responsabilidades y tareas y, sus prestaciones se encuentran reguladas por normas diferentes. El despacho no evidencia vulneración del derecho a la igualdad con respecto a las normas prestacionales de los agentes oficiales y suboficiales pues la diferencia de trato no solamente se puede justificar en que sean miembros de una misma institución

Desde que fue proferido el Decreto 1091 de 1995 se estableció que el Subsidio Familiar, para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

El órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado que el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, resulta más favorable que el que cobijaba a los Suboficiales y Agentes de la institución

De conformidad con la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 de la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se tiene que en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro deben ser las mismas sobre las cuales el legislador en uso de sus facultades constitucionales o legales, fija el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Por todo lo expuesto, las pretensiones de la parte accionante serán despachadas desfavorablemente.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria*

⁴ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.” (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”⁶

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO.- No condenar en costas, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta decisión se ordena el archivo del expediente previo registro por el sistema siglo XXI

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JARA

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

⁶ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

Radicado: 110013335-017-2018-00308-00
Demandante: Ricardo Benavidez Zambrano.
Demandado: CASUR.

Código de verificación: **f8ef8b0aea08a77916d182cf93c2428d5bd7ee628bebb4275103f469120cf289**
Documento generado en 08/05/2021 05:00:58 PM

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