

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : SUBSIDIO FAMILIAR EN ACTIVIDAD – Nivel Ejecutivo
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019 00283 00**
Demandante : YAMID ESCARRAGA PACHON
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 YAMID ESCARRAGA PACHON, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.314.140 de Chiquinquirá, 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:

“PRIMERA: Inaplicar por inconstitucionales al violar el derecho a la igualdad y el principio de progresividad en materia laboral y desconocimiento de la regulación señalada en el Decreto 1212 de 1990, norma que regula el SUBSIDIO FAMILIAR a favor de los miembros de la Policía Nacional las siguientes normas:

- Artículo 30 del Decreto 2724 de 2000
- Artículo 29 del Decreto 2737 de 2001
- Artículo 29 del Decreto 745 de 2002
- Artículo 29 del Decreto 3552 de 2003
- Artículo 29 del Decreto 4158 de 2004
- Artículo 29 del Decreto 923 de 2005
- Artículo 29 del Decreto 407 de 2006
- Artículo 29 del Decreto 1515 de 2007
- Artículo 28 del Decreto 673 de 2008
- Artículo 27 del Decreto 1530 de 2010
- Artículo 27 del Decreto 1050 de 2011
- Artículo 27 del Decreto 842 de 2012
- Artículo 27 del Decreto 1017 de 2013
- Artículo 27 del Decreto 187 de 2014
- Artículo 27 del Decreto 1028 de 2015
- Artículo 27 del Decreto 214 de 2016
- Artículo 27 del Decreto 984 de 2017

- Artículo 28 del Decreto 324 de 2018

SEGUNDA: Se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2019-001899-ARAFI-Gutah 1.10 de fecha 10 de Enero de 2019 suscrito por el Jefe del Grupo del Talento Humano de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, Teniente Coronel SANDRA PATRICIA LÓPEZ LUNA mediante el cual se NEGÓ la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la diferencia que resulte del valor entre el porcentaje que le fue cancelado en actividad al demandante por concepto de SUBSIDIO FAMILIAR (2,45%) y el que realmente tiene derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 al liquidar el monto de la asignación básica desde la fecha de su causación hasta la fecha de retiro de la entidad.

TERCERA: A título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL el reconocimiento, liquidación y pago de la diferencia que resulte del valor entre el porcentaje que le ha sido cancelado a mi poderdante por concepto de SUBSIDIO FAMILIAR (2,45%) y el que realmente tiene derecho, es decir, el 30% en su condición de miembro activo de la Policía Nacional de Colombia desde el 31 de octubre de 1998, fecha en que adquiere el derecho por contraer matrimonio con la señora ROSA YAMILE ACOSTA CAMARGO, a partir del 18 de enero de 2001, el 35%, fecha en que nace su primera hija (5%) y desde abril 20 de 2007, el 39%, por cuanto nació su segundo hijo (4%) hasta la fecha de su retiro de la Policía Nacional.

CUARTA: Como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague al demandante la reliquidación del salario que devengaba en actividad, incrementando la partida de subsidio familiar en los porcentajes sobre el salario básico dispuestos en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990, desde la fecha de su causación hasta la fecha de retiro de la Policía Nacional, así:

- a. En un 30% del salario básico en su condición de miembro activo de la Policía Nacional de Colombia desde el 31 de octubre de 1998, fecha en que adquiere el derecho por contraer matrimonio con la señora ROSA YAMILE ACOSTA CAMARGO.
- b. En un 5% adicional del salario básico a partir del 18 de enero de 2011, para un total de 35% desde la fecha en que nace su primera hija.
- c. En un 4% adicional del salario básico desde abril 20 de 2007, para un total del 39% por cuanto nació su segundo hijo hasta la fecha de su retiro de la Policía Nacional.

QUINTA: Se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reliquidar y pagar las diferencias de las prestaciones sociales al demandante al incluir el subsidio familiar como factor salarial.

SEXTA: Las sumas a reconocer deben ser indexadas desde el momento de su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera y se deberán reconocer intereses moratorios a partir de ésta fecha hasta que se haga efectivo el pago de la misma.

SÉPTIMA: Se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

1.2 Relación Fáctica

- El señor Yamid Escarraga Pachón ingresó a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo el 20 de agosto de 1996. Una vez aprobó el curso de formación ascendió al grado de Carabinero e indició su vida laboral bajo el régimen denominado “nivel ejecutivo”.
- Durante su vida laboral ascendió de carabinero a subintendente, intendente e intendente jefe, cargo éste último en el que se retiró del servicio.

- El demandante contrajo matrimonio con la señora ROSA YAMILE ACOSTA CAMARGO y como consecuencia de esta unión nacieron los menores SOFIA y DAVID ESCARRAGA ACOSTA.

- El 26 de diciembre de 2018, el accionante a través de apoderado, presentó derecho de petición ante el Director de la Policía Nacional con el fin de que se inaplicara por inconstitucional la norma que desde el año 2000 regula y fija el monto del valor del subsidio familiar.

- Mediante Oficio No. S-2019-001899 – ARAFI-Gutah 1.1.0 del 10 de enero de 2019 la entidad accionada negó lo solicitado por el accionante.

1.3 Normas vulneradas y concepto de la violación

El apoderado de la parte actora refirió en la demanda, que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad por: i) Infracción de las normas en que debía fundarse y ii) falsa motivación.

Indicó que las normas que establecieron el monto del subsidio familiar en los Decretos expedidos por el Presidente de la República desde el año 2000 al 2018, a través de los cuales se fijó el régimen salarial para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares y Policía Nacional vulneran los artículos 1, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política. Asimismo, la Ley 21 de 1982, 41 de 1994, 262 de 1994, 1029 de 1994, 132 de 1995 y 1091 de 1995.

Lo anterior, por cuanto el contenido de las normas vulnera el derecho a la igualdad y progresividad en materia laboral, toda vez que respecto a los miembros del nivel ejecutivo el Gobierno establece el monto a reconocer cada año, el cual no supera el 2.5% del salario base y respecto a los oficiales la norma aplicable es el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 el cual equivale como mínimo al 30% de la asignación básica, lo que vulnera el derecho a la igualdad, máxime cuando el criterio de comparación es el mismo – sostenimiento de las familias independiente del rango que se ostenta.

Adujo que también se vulnera el principio de progresividad en materia laboral, toda vez que este conlleva la regla de no regresividad, por lo que al consagrarse el reconocimiento en un menor porcentaje de la partida correspondiente al subsidio familiar se configura un retroceso en la protección de los derechos de los miembros de la Policía del Nivel Ejecutivo y se disminuye el nivel de protección alcanzado y se genera discriminación entre dos grupos de servidores que pese a

no ostentar el mismo rango cumplen funciones similares y respecto de los cuales no existe razón válida para aplicar o reconocer un menor porcentaje por concepto de subsidio familiar, pese a que su naturaleza y finalidad es la misma.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que:

- El Cuerpo Policial se encuentra conformado en la actualidad por dos escalafones profesionales: i) Nivel Ejecutivo y ii) Oficialidad.
- El demandante decidió de manera libre y voluntaria hacer parte bajo la modalidad de incorporación directa en el escalafón de la carrera del Nivel Ejecutivo.
- Cuando ingresó al Nivel Ejecutivo se encontraba vigente 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 el Decreto 133 de 1995”* y el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, último en el cual causó el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar que en la actualidad percibe, de acuerdo a su vinculación.
- El demandante nunca ha hecho parte del escalafón de Agente, cobijado por los Decreto 1212 y 1213 de 1990.
- Verificado el sistema de administración de talento humano de la Policía Nacional (SIATH) y la hoja de servicios del demandante, se constata que realizó curso de ingreso como miembro del Nivel Ejecutivo desde el año 1996, lo que a todas luces desliga la posibilidad de que le sean aplicables otras normas diferentes a las estipuladas para su escalafón.
- Agregó que los regímenes salariales y prestacionales de los Oficiales, Agentes, Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional son diferentes en todo lo que atañe a sueldos, primas, bonificaciones y subsidios.
- El Subsidio Familiar para el Nivel Ejecutivo fue reglamentado en los artículos 15 a 21 del Decreto 1091 de 1995, donde se reconoce como 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. En el artículo 16 dispone que el Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo y que en lo sucesivo se fijó año a año, así: Decreto 50 de 1996 (\$7.840.00 por persona a cargo); Decreto 122 de 1997 (%8.899 por persona a cargo) y Decreto 58 de 1998 (\$10.323 por persona a cargo).

- Refirió que el acto administrativo demandado fue estructurado atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la administración, además de ser expedido por el funcionario y autoridad competente, lo que permite afirmar que no trasgredió ningún derecho fundamental y que para su expedición se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso objeto de estudio por lo que goza de legalidad y transparencia.
- Propuso como excepciones de fondo: i) ineptitud sustantiva de la demanda; ii) acto administrativo ajustado a la Constitución y a la Ley; iii) inexistencia del derecho y la obligación reclamada; iv) cobro de lo no debido y genérica.

3. EXCEPCIONES PREVIAS

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020¹ establece que las excepciones previas se resolverán conforme a lo dispuesto en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

En consecuencia, mediante auto del 25 de septiembre de 2020, se determinó que las excepciones propuestas por la entidad demandada corresponden a argumentos de defensa por lo que serían estudiados con el fondo del asunto.

4. DECRETO DE PRUEBAS

Mediante auto del 13 de noviembre de 2020, se otorgó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas con la demanda y con la contestación a la demanda; por no existir pruebas que practicar se concedió el término de 10 días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, término dentro del cual el agente del Ministerio Público podía rendir concepto.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 El apoderado de la **parte demandada** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda. Reiteró que al accionante no le asiste ningún derecho de los pretendidos dentro del medio de control, por lo que no hay lugar a la declaratoria de nulidad del Oficio No. S-2019-001899-ARAFI-GUTAH-1.10 del 10 de enero de 2019, ya que el

demandante pertenece al escalafón denominado dentro de la Policía Nacional como Nivel Ejecutivo, el cual no determina los factores subsidiarios que se pretenden. Agregó que los artículos 15 a 19 del 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 el Decreto 132 de 1995, no contempla el subsidio familiar por la esposa y determina como se debe realizar el pago del subsidio familiar por los hijos, norma acatada por la entidad al reconocer los valores prestacionales al accionante conforme al régimen al que pertenece.

5.2 El apoderado de la **parte actora** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Hizo referencia a un pronunciamiento emitido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 29 de enero de 2020, en un caso similar donde accedieron a las pretensiones, sin que hiciera referencia al número del proceso consultado.

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 Oficio No. S-2019-001899-ARAFI-GUTAH-1.10 del 10 de enero de 2019, proferido por la Jefe Grupo de Talento Humano de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional mediante el cual negó la petición del accionante consistente en el *“reconocimiento, liquidación y pago de la diferencia que resulte del valor entre el porcentaje que le fue cancelado en actividad al demandante por concepto de SUBSIDIO FAMILIAR (2,45%) y el que realmente tiene derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 al liquidar el monto de la asignación básica desde la fecha de su causación hasta la fecha de retiro de la entidad”*.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si el demandante tiene derecho o no a que se le liquide el subsidio familiar conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990, desde la fecha de su causación hasta la fecha de retiro de la entidad.

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.*

Artículo 16. *Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.*

Artículo 17. *De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:*

a. *Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*

b. *Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*

c. *Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*

d. *Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*

e. *Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

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

Artículo 19. *Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:*

- a) *Por muerte de la persona a cargo;*
- b) *Por independencia económica;*
- c) *Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) *Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) *Por cumplir la edad límite”.*

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, estudio 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.*

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*

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

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. 6º 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 devengarlos 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.

100. 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 (...). (Subrayado y Negrilla fuera del texto).

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.

Ahora bien, en cuanto a si hay o no un desconocimiento de los principios laborales de favorabilidad, prevalencia de la condición más beneficiosa y progresividad, por cuanto se desmejora la situación de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en atención a que las normas que se encontraban

vigentes antes de la expedición del Decreto 1091 de 1995, esta son, 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, la Sala en la providencia referida, concluyó:

“(...) 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”.

6. CASO CONCRETO

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

El señor Yamid Escarraga Pachón ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional mediante Resolución No. 5305 del 25 de octubre de 1996, según los datos registrados en el extracto de la Hoja de Vida de la Dirección Antinarcóticos del accionante y hasta el 28 de diciembre de 2018, fecha en que se retiró del servicio por solicitud propia, según Resolución No. 6726 de la misma fecha.

Al momento del ingreso del demandante al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se encontraba vigente 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 el Decreto 133 de 1995”* y el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, normas que regulan el subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo.

Revisadas las certificaciones de pago efectuadas al demandante en servicio activo, que obran en el expediente, se constata que desde el mes de mayo del año 2001, la entidad demandada le reconoció la referida prestación social hasta el momento de su retiro.

Es de aclarar que el Gobierno Nacional es quien determina la cuantía del subsidio familiar por persona a cargo en el Nivel Ejecutivo, conforme al artículo 16 del

Decreto 1091 de 1995 y que no se le puede aplicar al demandante el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990, por cuanto dicha normatividad es aplicable únicamente a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y no para el Nivel Ejecutivo, escalafón que como lo determinó el Consejo de Estado en la providencia que antecede, fue creado por la Ley 180 de 1995 como un nuevo nivel en la institución con un sistema de ingreso y ascenso, con unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propio.

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.

7. 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,

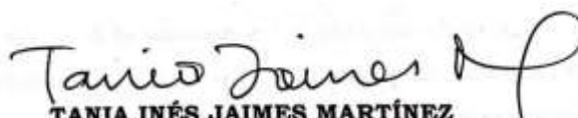
RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: 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

² Parte demandante: dagarciaabogado@hotmail.com
Parte demandada: decun.notificacion@policia.gov.co

Firmado Por:

TANIA INES JAIMES MARTINEZ
JUEZ
JUZGADO 054 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA 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:

29d69d6ca370e6d68014f33b20eaaad46583101a88045a93e31ddf064baad326

Documento generado en 14/12/2020 01:59:44 p.m.

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