

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 13 de agosto de 2018.

Expediente N°: 25000-23-42-000-2013-03794-01
N° Interno: 1503-2017
Demandante: Daniel Enrique Acosta Acuña
Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional.
Asunto: Reconocimiento de prestaciones sociales de empleado civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional – Oficina del Comisionado Nacional de la Policía en aplicación del Decreto 1214 de 1990.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO¹

1. Ha venido el proceso de la referencia con informe secretarial de la Sección Segunda del 11 de mayo de 2018², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 31 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B³, mediante la cual accedió parcialmente a las

¹ Los párrafos se enumeran en consecutivo para facilitar la consulta y cita de la sentencia.

² Folio 432.

³ Visible a folios 339 a 347.

pretensiones de la demanda incoada por el señor Daniel Enrique Acosta Acuña en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

II. ANTECEDENTES.

2.1. Pretensiones⁴.

2. El señor Daniel Enrique Acosta Acuña, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 61308 MDNSGDALNG-1.10 de 4 de julio de 2012, expedido por el Director de Asuntos Legales del Ministerio De Defensa Nacional, por medio del cual le negó al demandante, entre otros, el reconocimiento de las prestaciones establecidas en el Título III, artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, previstos para empleados civiles no uniformados, como la prima de actividad, el subsidio familiar y los demás haberes que se encuentran establecidos en la referida norma.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó: el reconocimiento de la prima de actividad y el subsidio familiar desde la fecha de su vinculación hasta la fecha de su retiro, así como los demás haberes laborales que están establecidos para el personal civil no uniformado al servicio de las

⁴ Folios 40 y 41.

dependencias del Ministerio de Defensa en el Decreto 1214 de 1990; y, el pago de la correspondiente indexación e intereses moratorios.

2.2. Hechos⁵.

4. Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera los hechos planteados por la parte demandante:

5. Indicó, que mediante el Decreto 1214 de 1990, se estableció el régimen prestacional del Ministerio de Defensa Nacional y el de la Policía Nacional, decreto que fijan su aplicabilidad al Personal Civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, en la Secretaría General y su Ministerio Público.

6. Adujo, que por la Ley 62 de 1993, se creó el cargo de Comisionado Nacional para la Policía y que por medio del Decreto 1810 de 1994, se estableció la planta de personal de esa dependencia, norma que nació viciada de nulidad porque estableció un régimen discriminatorio para el personal que prestaba sus servicios allí, razón por la cual fue anulado por el Consejo de Estado en noviembre de 2011.

7. Expresó, que mediante los Decretos 1932 de 1999, 1512 de 2000 y 049 de 2003, se modificó la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, conservando a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía como dependiente directo del Despacho del Ministro.

⁵ Folios 41 y 42.

8. Informó, que el demandante se vinculó al Ministerio de Defensa en la Oficina del Comisionado para la Policía el 17 de febrero de 2000 hasta el su retiro ocurrido el 22 de agosto de 2007, debido a la supresión de cargos dispuesta por el Decreto 3122 de 2007.

9. Indicó, que presentó petición ante la entidad reclamando la inclusión en nómina mensual y el pago retroactivo de los haberes indicados, solicitud que negada por la entidad, a través del Oficio 61308 MDNSGDALGNG-1.10 del 4 de julio de 2012, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional.

10. Aseveró, que el demandante junto a la petición, allegó las pruebas que acreditan el derecho al subsidio familiar.

2.3. Normas vulneradas y concepto de violación⁶.

11. Como disposiciones vulneradas, la parte demandante citó las siguientes:

12. Constitución Política, artículos 13, 25 y 53; Decretos 1214 de 1990, artículo 38; 1932 de 1999, artículos 4 y 36; 1512 de 2000, 1792 de 2000, 049 de 2003, artículo 5 del decreto 3122 de 2007, artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

⁶ Folios 43 a 52.

13. Refirió, que el acto demandado omite aplicar el artículo 2° del Decreto 1214 de 1990 que clasifica a los funcionarios de las dependencias del Ministerio (despacho del Ministro) y de la Policía (Dirección de Sanidad), como personal civil con derecho a percibir las prestaciones del Título III, artículo 38 y siguientes, en lo relativo a la prima de actividad, subsidio familiar y subsidio de alimentación, entre otras, las que fueron ratificadas con la expedición del Decreto 1792 de 2000.

14. Aseveró, que por mandato legal y en vigencia del Decreto 1214 de 1990 en sus artículos 38 y 49, el demandante adquirió el derecho al pago de la prima de actividad, y los pagos correspondientes al subsidio familiar, es decir, es un derecho con justo título que ha entrado a su patrimonio y no puede ser arrebatado en forma arbitraria.

15. Sostuvo, que el Ministerio de Defensa Nacional no tuvo en cuenta la sentencia del Consejo de Estado que anuló el Decreto 1810 de 1994, responsable de la discriminación en materia prestacional para los antiguos funcionarios de la oficina del comisionado para la Policía Nacional. Dicha sentencia deja en claro que la norma aplicable es el Decreto 1214 de 1990, pues el Ejecutivo no tenía facultades para crear un régimen prestacional discriminatorio, sin autorización del Congreso de la República.

16. Adujo, que los actos demandados desconocieron el principio *indubio pro operatio*, característico del derecho laboral, para los casos de

conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes en el tiempo, caso en el cual, prevalece la norma más favorable al trabajador, conforme lo disponen los artículos 26 y 58 superiores.

2.4. Contestación de la demanda⁷.

17. La entidad accionada presentó de manera extemporánea⁸ escrito de contestación de la demanda, razón por la cual los argumentos expuestos en el memorial de folios 77 a 99 del expediente no pueden ser considerados.

18. Dispuesta la oportunidad para presentar sus alegatos de conclusión⁹, el apoderado de la entidad demandada guardó silencio.

2.5. La sentencia de primera instancia¹⁰.

19. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 31 de marzo de 2016 declaró la nulidad parcial del Oficio 61308 MDNSGDALNG-1.10 de 4 de julio de 2012, expedido por el Director de Asuntos Legales del Ministerio De Defensa Nacional. A título de restablecimiento del derecho, reconoció el pago de la prima de actividad y la reliquidación de las prestaciones sociales con la referida prima, devengadas por el demandante desde

⁷ Folios 77 a 99.

⁸ La demanda se notificó el 7 de noviembre de 2013 y el escrito de contestación se presentó el 22 de mayo de 2014.

⁹ En audiencia de 5 de mayo de 2015, cuya acta obra a folios 260 y 261 vuelto.

¹⁰ Folios 339 a 347.

el 17 de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2007 y negó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

20. En cuanto al Régimen salarial y prestacional del personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, señaló que el Consejo de Estado mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011, radicado 0029-2009, declaró la nulidad de los artículos 2.º y 3.º del Decreto 1810 de 1994 y determinó que la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional era una dependencia directa del Despacho del Ministro de Defensa Nacional y que sus funcionarios hacían parte del personal civil no uniformado del Ministerio y eran beneficiarios de las prerrogativas contempladas en el Título III del Decreto 1214 de 1990.

21. Adujo, que son reiterados los pronunciamientos acogiendo la tesis expuesta, en los casos cuyo común denominador es que se encontraban *sub judice* o pendiente de decisión judicial definitiva a la fecha de declaratoria de nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto 1810 de 1994.

22. Dijo que resulta aplicable el régimen del Decreto 1214 de 1990, en el periodo durante el cual el demandante prestó sus servicios a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, es decir, desde el 17 de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2007, pues presentó reclamación el 11 de mayo de 2012 y la demanda el 28 de junio de 2013, dentro del término anterior a los 3 años respecto de la sentencia

de 29 de septiembre de 2011. A renglón seguido procedió a verificar los supuestos establecidos en la norma para el reconocimiento de las prestaciones reclamadas.

23. Dedujo, de las pruebas allegadas al plenario, que el demandante contrajo matrimonio con la señora Eunice del Pilar Leño Montoya y son padres del señor Oscar Daniel Acosta Leño, nacido el 25 de noviembre de 1986, último quien permaneció en calidad de estudiante hasta el primer semestre del año 2008, empero constató que el demandante se desempeñó como Profesional Especializado, Grado 310-18; 3010-20 y 3010-17 y devengó como asignación básica \$1.689.359 y en el año 2007 \$2.661.586, de manera que su salario superaba los cuatro salarios mínimos mensuales vigentes para esa época (año 2000 \$260.100 y; 2007 \$433.700), de manera que no tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar.

24. Además, negó el reconocimiento de la prima de alimentación, pues dijo que, como ocurre con el subsidio familiar, ésta se encuentra limitada por la asignación básica, entonces, teniendo en cuenta que el demandante se desempeñó como profesional especializado, es evidente que el nivel del cargo le impide acceder a ese beneficio, además tampoco demostró que hubiera laborado en lugares donde se generara la prima especial de alimentación.

25. Aseveró, en lo que tiene que ver con la prima de actividad que al haber desaparecido del mundo jurídico los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994 y considerarse a esos servidores como parte del

personal civil del Ministerio de Defensa, que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento durante el periodo en que prestó sus servicios en la Oficina del Comisionado para la Policía Nacional, desde el 17 de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2007 y al reajuste de las prestaciones sociales sobre las cuales la prima de actividad tuviera incidencia.

26. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas, dado que no se reunieron los presupuestos exigidos en el artículo 188 del La Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 392 de C.P.C, modificado por la Ley 1395 de 2010.

2.6. De los recursos de apelación.

27. La **parte demandante**¹¹, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en cuanto a: i) la negativa de reconocer el subsidio familiar y el consecuente reajuste de los haberes laborales afectados, ii) la liquidación de la cesantía conforme al artículo 96 del Decreto 1214 de 1990 y iii) el giro de los aportes pensionales por esos conceptos, en cuanto todo pago constituye salario y debe conformar la base cotización para pensión.

28. Aseveró que el subsidio familiar del sector de defensa no tiene limitación en cuanto al monto de la asignación básica, de manera que el *a quo* erró al aplicar el límite de cuatro salarios mínimos legales mensuales y expuso como ejemplo el reconocimiento de la prestación

¹¹ Folios 372 a 375.

al Director de Asuntos Legales del Ministerio, quien devenga una asignación básica mensual de más de \$5.000.000 y la percibe conforme al Decreto 1020 de 2013.

29. Agregó que cualquier regulación o reglamentación de inferior categoría que imponga una limitación o restricción aparte de la establecida en el Decreto 1214 de 1990 es ilegal, así, consideró que con la sola manifestación del interesado respecto a la ausencia de la percepción del subsidio familiar es suficiente, en cuanto que el Decreto 19 de 2012 prohíbe exigir declaraciones notariales para reclamar derechos.

30. Alegó que la cesantía debe liquidarse conforme al artículo 96 del Decreto 1214 de 1990 y transcribió la referida norma, sin explicar el reparo elevado contra la sentencia apelada.

31. Agregó que debe ordenarse el giro de los aportes pensionales por los conceptos, indicando que todo pago constituye salario y debe conformar la base cotización para pensión, conforme se estableció en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, C.P Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

32. La **parte demandada**¹², interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia buscando su revocatoria, señalando que los servidores públicos de la antigua Oficina del Comisionado

¹² Folios 358 a 371.

Nacional para la Policía Nacional no tienen derecho a devengar las primas del Decreto 1214 de 1990, toda vez que dicha norma no los señala como beneficiarios de las mismas.

33. Indicó que la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, era una oficina de control de la Policía Nacional, organizada con patrimonio, estructura y planta de personal propios y como consecuencia, era una entidad del ejecutivo del orden nacional, regidos en materia salarial y prestacional por las normas aplicables a la Rama Ejecutiva.

34. Indicó, que la sentencia de 29 de septiembre de 2011 que declaró la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto 1810 de 1994, produce efectos hacia el futuro y deja a salvo los actos y situaciones jurídicas consolidadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad y por ello, resulta jurídicamente imposible tornar retroactivos los efectos de la declaratoria de nulidad para darle aplicación al Decreto 1214 de 1990 a favor de los empleados y funcionarios cuyos cargos fueron suprimidos mediante el Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, es decir, 4 años, 1 mes y 12 días antes de la declaración de nulidad.

2.7. Alegatos en segunda instancia.

35. Dentro de esta etapa procesal la parte demandada presentó sus conclusiones finales¹³, reiterando que no hay lugar al reconocimiento

¹³ Visible a folios 413 a 415.

de la prima de actividad reclamada con los mismos argumentos presentados en el recurso.

36. La parte demandante¹⁴, presentó alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación relacionado con el reconocimiento del subsidio familiar.

37. **Concepto del Ministerio Público:** vencido el correspondiente traslado, el Delegado del Ministerio Público no rindió su concepto.

III. CONSIDERACIONES.

38. Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual determina:

3.1. Planteamiento del problema jurídico.

39. De acuerdo con los cargos formulados en los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia de primera instancia, el problema jurídico que deberá resolver la Sala, consiste en determinar si el señor Daniel Enrique Acosta Acuña tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones laborales establecidas en beneficio del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, consagrados en el título III del

¹⁴ Visible a folios 501 a 524.

decreto 1214 de 1990, en especial las primas de actividad y el subsidio familiar, por haberse desempeñado en la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía.

40. Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) naturaleza jurídica de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, ii) el subsidio familiar y iii) del caso en concreto.

3.1.1. Naturaleza Jurídica de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía

41. La Ley 62 de 12 de agosto de 1993, fue expedida con el fin de regular aspectos normativos relacionados con la Policía Nacional; fue así que estableció la creación del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, con funciones de veeduría ciudadana y vigilancia del régimen disciplinario de la Institución.

42. La referida norma, en su artículo 21 determinó que esa dependencia estaría dirigida a “(...) *ejercer la vigilancia del régimen disciplinario y operacional y tramitar las quejas de la ciudadanía, sin perjuicio de la vigilancia que les corresponde a los organismos de control (...)*”; y ordenó al Gobierno Nacional establecer la estructura orgánica de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, así como las funciones inherentes a su cargo.

43. Igualmente, determinó que el Comisionado debería ser un

funcionario no uniformado, con calidades de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia¹⁵, nombrado por el Presidente de la República, de terna conformada por el Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana y de remoción discrecional del Presidente de la República¹⁶.

44. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 21 de la Ley 62 de 1993, expidió el Decreto 1588 de 1994, *“por el cual se fija la estructura interna del Comisionado Nacional para la Policía y se establecieron las funciones de sus dependencias”*, definiéndola como una *“oficina Especial de Control de la Policía Nacional”*. Así mismo, en el artículo 1º del mencionado Decreto se le otorgó autonomía presupuestal con *“un rubro específico en el presupuesto general de gastos de la Nación”*.

45. Por su parte, el artículo 13 del Decreto 1588 de 1994, mediante el cual se fijó la estructura interna del Comisionado Nacional para la Policía y se establecieron las funciones de sus dependencias, estableció que:

“(...) Para el cumplimiento de las funciones de las diferentes dependencias, el Comisionado Nacional para la Policía podrá crear y organizar, mediante acto administrativo, grupos de trabajo bajo la coordinación y supervisión del funcionario que éste designe, teniendo en cuenta la estructura interna, las necesidades del servicio y los planes y programas del Comisionado (...)”.

46. Con fundamento en lo anterior, se expidió el Decreto 1810 de 1994, *“Por el cual se establece la planta de personal del Comisionado*

¹⁵ Artículo 22 de Ley 62 de 1993.

¹⁶ Artículo 23 de Ley 62 de 1993.

Nacional para la Policía”, advirtiendo en el artículo 3º, que sus funcionarios, estarán sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que los modifican o adicionan. Sin embargo, los artículos 2 y 3¹⁷ *ibídem*, fueron declarados nulos por la sección segunda de esta Corporación, mediante sentencia de 27 de octubre de 2011¹⁸ por falta de competencia del Gobierno nacional para regular dicha materia por reserva de ley, al establecer que:

(...)

No desconoce la Sala que en un principio el cargo de comisionado y luego la oficina especial no se encontraba dentro de la estructura orgánica de la Policía Nacional ni del Ministerio de Defensa Nacional, sin embargo, sí dependía funcionalmente de la Dirección General en los aspectos operativos y de coordinación y fue contemplada en el Decreto 2203 de 1993, que desarrolló la estructura orgánica y las funciones de la Policía Nacional.

No existe ninguna posibilidad de que los servidores de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, no fueran personal civil, en consideración a que las únicas personas no uniformadas que no podían tener tal carácter, pertenecientes al Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, eran las contempladas en el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 1214 de 1990, que disponía:

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la

¹⁷ *(...) Artículo 2º. Los funcionarios vinculados a la Planta de Personal establecida en el presente Decreto, estarán sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que los modifican o adicionan.*

Artículo 3º. El Comisionado Nacional para la Policía distribuirá los cargos de la Planta establecida en el presente Decreto, estarán sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que lo modifican o adicionan.

(...)”.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, sección segunda, sentencia de 27 de octubre de 2011, radicación 11001 03 25 000 2008 000800 (0029-2008), consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón, actor: Darío Caro Meléndez.

condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo.

Al no tener la oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional ninguna de esas calidades, es decir, establecimiento público, empresa industrial o comercial del Estado, sociedad de economía mixta o unidad administrativa especial, adscritas o vinculadas, a sus empleados no podía más que considerárseles, personal civil.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 189, numeral 14 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional no tenía competencia para determinar, como lo hizo, el régimen prestacional de los empleados de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, potestad que es propia del Congreso de la República, según se desprende del artículo 150 numeral 19 de la misma Carta Política que señala:

Artículo 150. Corresponde al Congreso de la República hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

(...)

En consecuencia, no podía el Gobierno Nacional mediante un decreto reglamentario, excluir del régimen prestacional establecido en los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2000, al personal civil perteneciente a la oficina del Comisionado Nacional para la Policía, pues se atribuyó una competencia reservada a la Ley. Se anularán, los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.

(...)"

47. Por su parte, el Decreto 1512 de 2000 que modificó la estructura del Ministerio de Defensa, dispuso que la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía es una dependencia del Despacho del Ministro, pues las funciones de vigilancia y control establecidas por la Ley 62 de 1993 y las descritas en el artículo 3º del Decreto 1588 de 1994, afianzan su autonomía e independencia, manteniendo intacta su naturaleza especial.

48. Ahora bien, el Decreto 1214 de 1990, que reformó el régimen

prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional, dispuso en su artículo 2º que el personal civil lo integran las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, advirtiendo que:

“(...) las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo (...)”

49. El Decreto 1792 de 14 de septiembre de 2000 derogó la norma anterior y en el parágrafo del artículo primero dispuso lo siguiente:

“(...) Se entiende por Personal Civil, para todos los efectos del presente Decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional. Los servidores públicos que prestan sus servicios en las Entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional se regirán por las normas vigentes propias de cada organismo (...)”

50. En virtud de lo anterior, como la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional hace parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, quiere decir que se trata de una dependencia del Ministerio de Defensa, luego debe considerarse a sus empleados, como personal civil del Ministerio de Defensa, tal como lo establece el Decreto 1792 de 2000.

3.1.2. Sobre el subsidio familiar

51. Ahora bien, en lo que se refiere al subsidio familiar, la Sala

advierte, que el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, lo establece 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.”*

52. Así las cosas, la Sala entiende que es una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas -cónyuge o compañera (o) e hijos- que se encuentran a su cargo, teniendo en consideración a los ingresos del trabajador.

53. Ahora, el Estatuto y Régimen Prestacional Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, contenido en el Decreto 1214 de 1990, en su artículo 49 estableció lo siguiente:

« Artículo 49. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;

b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;

c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c) de este artículo no afectará a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre

de 1972, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores a diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación. »

54. Ahora, en lo que tiene que ver con la extinción de la referida prestación, el artículo 50 *ibídem*, determinó lo siguiente:

« ARTÍCULO 50. EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR. El subsidio familiar se extingue por razón del cónyuge en los siguientes casos:

a) Por muerte del cónyuge;

b) Por cesación de la vida conyugal en los siguientes casos:

1. Por declaración judicial de nulidad o inexistencia del matrimonio.

2. Por sentencia judicial de divorcio válida en Colombia.

3. Separación judicial de cuerpos.

PARAGRAFO. Se ordenará la extinción cuando se presente alguno de los casos anteriores, siempre que no hubiere hijos a cargo por los que exista el derecho a percibir el subsidio familiar. »

55. A su turno, el Decreto 2909 de 1991, reglamentario del Decreto ley 1214 de 1990, en sus artículos 12, 13 y 15, dispuso lo siguiente:

« ARTÍCULO 12. SUBSIDIO FAMILIAR. Para los efectos del reconocimiento de subsidio familiar de que trata el artículo 49 del Decreto 1214 de 1990, es necesario:

a) Solicitud escrita formulada por el interesado, siguiendo el conducto regular, al Comando General de las Fuerzas Militares, Secretaría General del Ministerio de Defensa, Comando de Fuerza o Dirección General de la Policía Nacional, según el caso

b) Acompañar la mencionada solicitud, con las actas de registro civil debidamente autenticadas, en las que conste el matrimonio válido en Colombia o el nacimiento de cada uno de los hijos, según el caso.

«ARTÍCULO 13. DISMINUCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR. Para los efectos del párrafo 1o. del artículo 51 del Decreto 1214 de 1990, las situaciones allí contempladas se acreditarán así:

a) Declaraciones extrajuicio rendidas por el interesado, en las cuales se acredite la dependencia económica

b) La calidad de estudiante se comprobará con la certificación expedida por el plantel educativo correspondiente

c) Para acreditar la condición de inválido absoluto, se requerirá Certificación de la Sanidad respectiva »

« Artículo 15. Prohibición pago doble subsidio familiar. Para hacer efectivo el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 53 del Decreto 1214 de 1990, los empleados públicos deberán demostrar ante la Secretaría General del Ministerio de Defensa, Comando General de las Fuerzas Militares, Comandos de Fuerza y Dirección General de la Policía Nacional, mediante declaración jurada ante autoridad competente, que su cónyuge no tiene relación legal y reglamentaria, ni contrato de trabajo con personas de derecho público. En caso de existir, deberá allegarse constancia de que éste no percibe subsidio familiar »

56. Como se observa, las anteriores normas precisan que los empleados públicos del Ministerio de Defensa tienen derecho a percibir el subsidio familiar; sin embargo, el reconocimiento de la prestación está sujeto al cumplimiento de los requisitos previstos en la norma, las causales de extinción y la prohibición indicada en el artículo 15 de la referida norma.

3.1.2 Del caso concreto.

57. Establecido el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Sala procede a definir la situación concreta del señor Daniel Enrique Acosta Acuña para determinar si tiene derecho a percibir los haberes laborales consagrados en beneficio del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, consagrados en el Título III del Decreto 1214 de 1990, en especial las primas de actividad y el subsidio familiar, por haberse desempeñado en la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía

58. Con tal propósito, lo primero que debe resaltarse es que de acuerdo a la certificación expedida por la Coordinadora de Talento

Humano de la Oficina del Comisionado para la Policía¹⁹ el señor Daniel Enrique Acosta Acuña prestó sus servicios a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía desde el 17 de febrero del año 2000 hasta el 22 de agosto de 2007, en el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 17, con una asignación básica mensual a la fecha del retiro de \$2.661.586. Como se establece, la vinculación del demandante a la referida oficina se presentó con posterioridad a la Ley 100 de 1993 y a la expedición de la Ley 352 de 1997, de manera que no es posible la aplicación del régimen del Decreto Ley 1214 de 1990.

59. Sin perder de vista lo anterior, se tiene que la prima de actividad, se encuentra reglamentada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 de la siguiente forma:

«...» Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones (...).»

60. De acuerdo con la norma transcrita, los beneficiarios de la prima de actividad son los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, entendiéndose como empleado público la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda.

¹⁹ Visible a folio 39 del expediente.

61. Por lo anterior, como el demandante perteneció a la planta de personal del Ministerio de Defensa, se hace acreedor a este beneficio prestacional, tal como lo señala el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, durante el tiempo en que prestó sus servicios en la Oficina del Comisionado para la Policía Nacional, esto es, desde el 17 de febrero de 2000 al 22 de agosto de 2007, conforme lo determinó el *a quo*.

62. Ahora bien, resulta necesario analizar los documentos allegados por la parte demandante para establecer si, en este caso, se cumplen los requisitos para ser beneficiario del subsidio familiar:

a) Registro Civil de Matrimonio²⁰ de la señora Eunice del Pilar Leño Montoya y Daniel Enrique Acosta Acuña celebrado el 23 de marzo de 1985.

b) Registro Civil de Nacimiento²¹ de Oscar Daniel Acosta Leño, quien nació el 25 de noviembre de 1986.

63. En lo relacionado con el subsidio familiar, la Ley 21 de 22 de enero de 1982, *“por la cual se reglamenta el subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”*, en los artículos 28 y 29, dispone lo siguiente frente a su reconocimiento:

«Artículo 28. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padres se consideran personas a cargo hasta

²⁰ Folio 37

²¹ Folio 227

la edad de dieciocho (18) años.

Sin embargo, a partir de los doce (12) años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.

Cuando la Persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico. »

«Artículo 29. El subsidio familiar por los hijos a cargo se pagará desde el mes de su nacimiento hasta el de su defunción, o cumplimiento de la edad de diez y ocho (18) años salvo lo dispuesto en el artículo anterior para estudiantes postsecundarios, intermedios o técnicos o aquel en que cese la convivencia con el trabajador beneficiario. »

64. Conforme a estas disposiciones, se observa que el subsidio familiar se reconoce a los hijos legítimos, naturales, adoptivos, hijastros y los hermanos huérfanos de padres hasta la edad 18 años.

65. Igualmente, la norma consagró que a partir de los 12 años, se debe acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de 4 horas diarias o de 80 mensuales.

66. Asimismo, cuando la persona sobrepase la edad de los 18 años e inicie o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos, se pagará el subsidio familiar, hasta cuando se cumpla 23 años de edad, para lo cual se debe acreditar la calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico.

67. Por su parte, el artículo 29 de la misma normativa señaló que el subsidio familiar se paga desde el mes de nacimiento de la persona y

hasta el mes de defunción, o cuando cumpla la edad de 18 años; con la salvedad prevista en el artículo 28, esto es, para estudiantes postsecundarios, intermedios o técnicos, o haya cesado la convivencia con el trabajador beneficiario.

68. Así, pues, como lo señalan las normas transcritas en precedencia, el subsidio familiar se reconoce, de acuerdo con los siguientes supuestos:

i). Que los hijos legítimos, naturales, adoptivos, hijastros y hermanos huérfanos de padres, no sobrepasen la edad de 18 años.

ii). Que a partir de los 12 años, se acredite la escolaridad en un establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de 4 horas diarias o de 80 mensuales.

iii). Que la persona no sobrepase la edad de 18 años; y si comenzó estudios postsecundarios, intermedios o técnicos, el subsidio familiar se pagará hasta los 23 años de edad, siempre y cuando esté acreditada la calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico.

69. Pues bien, en este caso se observa que al proceso se allegó el registro civil de nacimiento de Oscar Daniel Acosta Leño, de manera que la Sala procederá a establecer si están demostrados los supuestos fácticos indicados por el periodo reclamado, 17 de febrero de 2000 al

22 de agosto de 2007, esto es, la realización de estudios desde los 12 años, como lo establecen los artículos 28 y 29 de la Ley 21 de 1982 arriba transcritos.

70. Según el registro de nacimiento, Oscar Daniel Acosta Leñaño nació el 26 de noviembre de 1986, de manera que al momento del ingreso de su padre a la Oficina del Comisionado para la Policía, el 17 de febrero de 2000, tenía 13 años de edad, razón por la cual debía demostrar la escolaridad.

71. Para demostrar ese hecho, el demandante allegó Certificado de 1° de diciembre de 2012, expedido por el Rector del Colegio Calasanz de Bogotá, donde se indicó que Oscar Daniel Acosta Leñaño, estuvo matriculado desde el año 2000 en Grado Octavo y que se graduó como Bachiller de modalidad académica el 6 de diciembre de 2003²².

72. Además se aportó certificación, expedida por la Jefe de División de Registro Académico de Universidad Militar Nueva Granada donde consta que el hijo del demandante cursó en esa universidad de primer a noveno semestre de Ingeniería en Multimedia, durante los periodos académicos 2004/1, 2004/2, 2005/1, 2005/2, 2006/1, 2006/2, 2007/1, 2007/2 y 2008/1. Así las cosas, se acreditó el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio familiar, de manera que se habrá de confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia y se dispondrá el mencionado reconocimiento.

²² Folio 266.

73. De acuerdo con lo anterior, el subsidio familiar, se reconocerá desde el 17 de febrero de 2000 al 22 de agosto de 2007, en un 35% del salario básico que percibió el demandante en el periodo indicado. Lo anterior como resultado de la sumatoria del 30% por el hecho de ser casado con la señora Eunice del Pilar Leña Montoya y del 5% por su hijo Oscar Daniel Acosta Leña.

74. En consecuencia, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia de 31 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, y se modificará el numeral segundo para incluir el subsidio familiar que se reconocerá y pagará desde el 17 de febrero de 2000 al 22 de agosto de 2007, en cuantía del 35% del sueldo básico mensual devengado por el demandante en el referido periodo.

75. Respecto del reclamo del giro de los aportes pensionales por estos conceptos, se tiene que el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, establece que, a partir de su vigencia, para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad y subsidio familiar, entre otras, son partidas computables para liquidar prestaciones sociales. Dispone la norma en mención, lo siguiente:

“(…) Artículo 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes

partidas:

a. Sueldo básico.

b. Prima de servicio.

c. Prima de alimentación.

d. Prima de actividad.

e. Subsidio familiar.

f. Auxilio de transporte.

g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1o. *El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.*

PARAGRAFO 2o. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales (...)*" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

76. Lo anterior indica que la prima de actividad y el subsidio familiar, son partidas computables para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, incluido el pago de aportes para efectos de pensión y, por consiguiente, le asiste al demandante el derecho a que sean tenidas en cuenta respecto a todos los pagos que se hubieran afectado por el no pago de dichas partidas.

77. Ahora, la Sala considera que ellos fueron incluidos de manera parcial en la orden dada por el *a quo* en el literal b) del numeral segundo de la sentencia apelada. En efecto allí se dispuso lo siguiente:
b) Reliquidar las prestaciones sociales devengadas por el señor Daniel Enrique Acosta Acuña, sobre las cuales la prima de actividad tuviere incidencia. Así las cosas, deberá adicionarse este literal para incluir el subsidio familiar que se reconoce.

78. Una vez determinado lo anterior, procede a la sala a establecer si

opera la prescripción del derecho a percibir la prima de actividad y el subsidio familiar, teniendo en cuenta que la demandante presentó la reclamación ante la entidad demandada el 1 de febrero de 2012²³.

79. Sobre este aspecto, el artículo 129 Decreto 1214 de 1990 estableció en lo que se refiere a la prescripción lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 129. PRESCRIPCIÓN. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. (...)”.

80. En tal sentido, para que opere la prescripción debe haber transcurrido 4 años desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible, ahora bien es preciso determinar en el caso en concreto, a partir de qué momento se hizo exigible la prestación del demandante, en razón a ello se analizarán los efectos que producen las sentencias anulatorias de actos administrativos, para el efecto es necesario señalar que esta Corporación²⁴ efectuó dicho estudio de la siguiente manera:

“(...) En el caso objeto de examen, no puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los miembros de la Policía y las Fuerzas Militares retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para los oficiales en servicio activo.

Sólo con los fallos del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 proferidos por el Consejo de Estado, que quedaron ejecutoriados, respectivamente, el 19 de septiembre y el 24 de noviembre del mismo año, y mediante los

²³ Ver folios 2 a 5 del expediente.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 5 de julio de 2007

cuales se declaró la nulidad parcial del párrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y del artículo 29 del decreto 133 de 1995, en las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de”, los miembros de la Policía y Fuerzas Militares en retiro tuvieron plena certeza para reclamar la prima de actualización, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, hizo que las cosas se retrotrayeran al estado en que se encontraban.

Debe estimarse entonces que es a partir de dicho momento en que la obligación se hizo exigible para quienes estaban en retiro, pues se suprimió el obstáculo de orden legal que no les permitía devengar dicho emolumento, (...)

(Negrilla y subrayado fuera de texto).

81. En atención a los efectos *ex tunc* que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, establece la Sala que para el personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía existía un impedimento que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, por ende el derecho a devengar dichas prestaciones solo surgió a partir de la expedición y ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, esto es, 29 de septiembre de 2011²⁵.

82. Así pues, como el señor Daniel Enrique Acosta Acuña presentó la reclamación ante la entidad demandada el 11 de mayo de 2012 y la sentencia a partir de la cual se hace exigible el derecho es del 29 de septiembre de 2011, se puede concluir que no operó el fenómeno de la prescripción.

83. No hay lugar a efectuar algún pronunciamiento respecto a las cesantías definidas, conforme al artículo 96 del Decreto 1214 de 1990,

²⁵ En igual sentido se pronunció recientemente la Sala, a través de la sentencia de 21 de abril de 2017, radicado: 25000-23-42-000-2013-02132-01 (0934-2014), demandante: Rafael María Velandia Gómez, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

toda vez que esa pretensión no fue elevada en instancia administrativa, conforme se establece de la revisión de la petición que elevó el demandante el 11 de mayo de 2012, entre otros, visible a folios 293 a 304, y que produjo el acto administrativo demandado en esta oportunidad.

84. Finalmente, y atendiendo el criterio de especialización laboral, que le atribuye la competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Subsección que le corresponda de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 13 del Acuerdo N° 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo N° 55 de 2003 y teniendo en cuenta que uno de los integrantes de la Subsección B, doctor Cesar Palomino Cortés se encuentra impedido por haber sido quien emitió la providencia impugnada como consta en acta, la Sala aceptará el impedimento.

85. **En conclusión**, el demandante señor Daniel Enrique Acosta Acuña, acreditó el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y del subsidio familiar, establecidos por el Decreto 1214 de 1990 para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

3.2 Decisión de segunda instancia.

86. Conforme a las consideraciones expuestas, la Sala estima que se hace necesario confirmar parcialmente la sentencia de 31 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor

Daniel Enrique Acosta Acuña en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, en el sentido de disponer el reconocimiento además de la prima de actividad, del subsidio familiar y la incidencia de estos factores en las prestaciones sociales, en los términos indicados en consideración anterior.

87. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, con modificación, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, de 31 de marzo de 2016, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Daniel Enrique Acosta Acuña contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, con excepción del numeral segundo, por la razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará de la siguiente manera:

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer y pagar a favor del señor Daniel Enrique Acosta Acuña, la prima de actividad y el subsidio familiar, este último en un 35% del salario básico, que percibió el demandante en el

periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2000 al 22 de agosto de 2007, con su incidencia en las prestaciones sociales, incluidos los aportes para pensión.

SEGUNDO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI», por Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Con impedimento.