



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO CON LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR LIQUIDADADO SOBRE EL 30%.
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE:	SIMÓN GAMBOA GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR
RADICADO:	73001-33-33-011-2019-00269-00

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el despacho a dictar sentencia de conformidad con lo expuesto en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado mediante el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, en el medio de control formulado por el Señor Simón Gamboa Gutiérrez en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda (Fols. 4 a 21¹)

1.1. Pretensiones (Fols. 4 a 5²)

Se transcriben las pretensiones esbozadas en la demanda:

“PRIMERO: De conformidad con el artículo 4 de la norma superior, se inaplique por inconstitucionalidad el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, el artículo 23 numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004; por ser manifiestamente contrarios y violatorios de los artículos 2, 13, 48, 53, 58, 83 y 220 de la Constitución Política de Colombia; de la Ley 4 de 1992 artículos 2 y 10; de la Ley 180 de 1995 artículo 7 parágrafo único, y del Decreto Ley 132 de 1995 artículo 82, al establecer desmejoras y discriminar a quienes encontrándose en servicio de la Policía Nacional, regidos por Decreto 1213 y 1212 de 1990 se homologaron a la carrera profesional del nivel ejecutivo, violándose el derecho a la igualdad, se les excluyó el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, prestación social que a los demás miembros de la Fuerza Pública “Oficiales, Suboficiales, Agentes, Personal no Uniformado y Soldados Profesionales” les es reconocido además con el desconocimiento de la clara protección especial establecida, por las normas que crearon y desarrollaron esta categoría en la Policía Nacional.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No E-00 003-2018 07 850- CASUR id: 32176 del 30 de abril de 2018 proferido por el Director de la Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual se negó al actor la Reliquidación de la Asignación de retiro con la inclusión y el computo del subsidio familiar

¹ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

² Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

conforme a los artículos 86, 140 numeral 8 y 150 del Decreto 1212 de 1990.

TERCERO: Que, como consecuencia de la anterior declaración, a título del restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se reliquide la asignación de retiro del señor Simón Gamboa Gutiérrez, con la inclusión del Subsidio Familiar liquidada sobre el 30% por ser casado con la señora Cecilia Rengifo Cárdenas quien dependía de él a la fecha del retiro del servicio activo, porcentaje liquidado sobre el sueldo básico del grado de Intendente.

CUARTO: Condenar a la demandada a pagar, los valores correspondientes a las diferencias que resulten entre lo pagado y la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, a partir del 10 de abril del 2018 hasta la inclusión de la nómina.”

1.2. Hechos (Fols. 5 a 6³)

El apoderado de la parte demandante refirió los siguientes aspectos fácticos:

PRIMERO: El Señor Simón Gamboa Gutiérrez ingresó a la Policía Nacional en el año 1985, en la categoría de Agente, conforme al régimen especial establecido en el Decreto 1213 del 08 de julio de 1990. Cuando se encontraba en servicio activo, con la clara convicción de la protección especial de no ser discriminado, ni desmejorado en ningún aspecto en su situación laboral, con relación al régimen prestacional del cual provenía conforme a los postulados de los artículos 7 y 82 de la Ley 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995 respectivamente, por homologación ingreso a la carrera del nivel ejecutivo, mediante la orden administrativa No. 0240.

SEGUNDO: En todos los estatus de carrera, para los miembros de la Fuerza Pública, a excepción del personal que integral el nivel ejecutivo, establecen el subsidio familiar, en el 30% por ser casado el 5%, por el primer hijo el 4%, por segundo hijo el 4% y por el tercer hijo el 4%, sin sobrepasar el 47%, lo cual es computable para la asignación de retiro.

TERCERO: El Señor Simón Gamboa durante la permanencia como Agente de la Policía Nacional y al momento de la homologación, como factor salarial tenía reconocido el subsidio familiar, de esta manera en virtud de lo establecido en los artículos 7 de la Ley 180 de 1995 y 82 del Decreto 132 de 1995, en concordancia con el artículo 58 superior constitucional, donde se tenía una situación jurídica consolidada, como derecho adquirido, el cual había entrado a su patrimonio y por lo tanto no podía ser desprotegido.

CUARTO: Por haber laborado un tiempo de 22 años 2 meses y 1 día, al retiro del servicio activo, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la Resolución No. 01944 del 22 de mayo de 2007, le liquidó y reconoció asignación de retiro a mi poderdante, en los términos del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995 y el artículo 23 numeral 23.2.25 del Decreto 4433 de 2004, sin incluirle el subsidio familiar, por lo tanto la protección que esta dirigida para los agentes y suboficiales que encontrándose en servicio activo pasaron por homologación al Nivel Ejecutivo, a no ser discriminados ni desmejorados en su situación laboral y prestacional no les fue aplicado, con relación a esta prestación que tenía consolidada.

QUINTO: La ley 4 de 1992, artículos 2 y 10, la Ley 180 de 1995, artículo 7 párrafo único, el Decreto Ley 132 de 1995 artículo 82, reguló una protección espacial para el personal de la Policía Nacional, que estando en servicio activo se pasaron o ingresaron al nivel ejecutivo, de forma clara y expresa, que no podría ser desmejorado ni discriminado en

³ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

ningún aspecto con relación a la situación que tenía al ingresar a esta carrera; El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, ordenan la preservación de los derechos adquiridos, la inmodificabilidad de los regímenes estatuidos y que en ningún caso se podrá desmejorar cualquier tipo de prestación, así mismo el régimen personal para los miembros de la Fuerza Pública previsto en la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 de 2004, mantienen estos derechos al personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

SEXO: El Decreto 1091 de 1995, desconoció el mandato legal contenido en la Ley 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995, los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, y las normas superiores de los artículos 2, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, que garantizaban la preservación de los derechos adquiridos, la protección del salario, los beneficios y prerrogativas en todas sus órdenes, por lo cual el Honorable Consejo de Estado declaró inconstitucional el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, mediante Sentencia de fecha 14 de febrero de 2007, restableciendo así los derechos a los agentes y suboficiales que por homologación pasaron al nivel ejecutivo, estableciendo que debe existir un régimen para este personal.

SEPTIMO: Se desconoció el principio de progresividad, que constituye un criterio en materia de política pública para los estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de derechos económicos, sociales y culturales, no se desmejoren en el transcurso del tiempo y por el contrario se procure su disfrute progresivamente.

OCTAVO: Conforme el amparo de la protección establecida en los artículos 7 y 82 de la Ley 180 de 1995, el Decreto 132 de 1995 y del Decreto 132 de 1995 respectivamente, a mi representado le asiste el derecho que la asignación de retiro, le sea reliquidada y computado con la partida básica subsidio familiar con los porcentajes que le corresponda de acuerdo a lo previsto en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, modificado por el artículo 23 numerales 23.1 por ser la norma que regula la prestación para el personal de suboficiales que ingresó por homologación a la carrera del nivel ejecutivo.

1.3. Normas violadas (Fol. 10⁴)

- Constitución política de Colombia artículos 1,2,4,13,42,48,53,58,83,84 y 220.
- Decretos 1212,1213 de 1990.
- Ley 4 de 1992, artículos 2 y 10.
- Ley 180 de 1995, artículos 7 y párrafo único.
- Decreto Ley 132 de 1995 artículo 82.
- Ley 21 de 1982.

Precedente judicial:

- Sentencia C-1173 de 2001.
- Sentencia T-712 de 2003.
- Sentencia T-587 de 2006.
- Consejo de Estado- Sala de Consulta Civil y Servicio Civil, sentencia del 18 de marzo de 2010, radicado No. 1101-03-06-000-2009-0001-00 (1935)

1.4. Concepto de la violación (Fol. 10 a 19⁵)

⁴ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

⁵ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

Refiere el apoderado de la parte actora que el acto demandado es contrario a los fines esenciales del Estado, establecidos para proteger a todas las personas residentes en Colombia, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales, además por el trabajo es un derecho y una obligación social, que debe gozar de especial protección.

Igualmente se vulnera el derecho a la seguridad social, servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, el cual debe presentarse con sujeción a los principios de eficacia, universalidad en los términos que establece la ley. Se violó el artículo 2º de la Constitución Política, debido a que los miembros de la Policía Nacional, que ingresaron por homologación de la carrera del nivel ejecutivo provenientes de las categorías de suboficial y agentes, lo hicieron con la plena certeza y convicción de que les respetarían los derechos consagrados en la Ley 4 de 1992, la Ley 180 de 1995 y el ingreso por homologación al nivel ejecutivo, no les causaría desmejora ni discriminación alguna en las condiciones que hasta este momento tenían y más concretamente los factores prestacionales o partidas computables de liquidación para la asignación de retiro, amparándose justamente con base en la especial protección que brindaba la nueva normatividad.

Indica que el subsidio familiar ha tenido un desarrollo jurisprudencial, considerándolo como una especie de derecho de seguridad social, ya que busca amparar a toda persona, independiente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y plena realización personal, como en sentencias C-1173 de 2001, T- 712 de 2003. En el artículo 13 de la Constitución Política, todos los miembros de la Fuerza Pública, a excepción del personal que integra el Nivel Ejecutivo, para efectos de asignación de retiro o pensión los estatus de carrera establecen la partida básica del subsidio familiar, como factor prestacional computable.

De igual manera el derecho de las personas a la igualdad explica la prohibición constitucional de otorgar un tratamiento diferente a las personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales, atendiendo al objetivo perseguido por la norma. De otra parte, el mismo principio obliga al legislador a guardar una razonable proporcionalidad entre el trato disímil y el grado de la diferencia relevante que distingue a los grupos objeto de regulación diferenciada. Se trata de un principio que tiende a la interdicción de la arbitrariedad del legislador y que, en consecuencia, garantizar a los ciudadanos la expulsión del ordenamiento jurídico de perjuicios y privilegios injustos.

Argumenta que el acto demandado viola el principio de igualdad ante la ley, conforme la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado, en especial la del 8 de junio de 2017, radicación 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10) al tenor que se han establecido privilegios para unos determinados sectores como miembros de la Fuerza Pública, en este caso para los oficiales, suboficiales y agentes a quienes se les reconoce el subsidio familiar como prestación liquidable en la asignación de retiro, mientras que al personal del nivel ejecutivo al cual pertenece el accionante, no se le tiene en cuenta a pesar de que tienen una baja remuneración en comparación a los primeros mencionados, máxime que cuando se desempeñaba como agente y suboficial, se le había reconocido como prestación.

Señala que el artículo 42 superior parte del principio general de la familia como

núcleo de la sociedad, el subsidio familiar cumple con la finalidad de ayudar a la cabeza del núcleo familiar para el sostenimiento de los cónyuges e hijos que componen dicho núcleo, sobre todo para aquellas personas de bajos ingresos brindando la posibilidad de que estas se puedan asegurar su existencia en condiciones dignas para ella y su familia que tienen a su cargo, logrando una realización personal plena; así las cosas el acto demandado viola flagrantemente los principios de igualdad y protección familiar, toda vez que existe una marcada diferencia de trato, en comparación con los demás miembros de la fuerza pública.

Se afirma de igual manera que el acto impugnado viola el artículo 53 en sus principios constitucionales de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en leyes laborales y situación mas favorable al trabajador, toda vez que es evidente que las partidas computables o bases de liquidación para la asignación de retiro establecida en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, modificado por el artículo 231 del Decreto 4433 de 2004 que regulaba la situación laboral antes del ingreso al nivel ejecutivo, son mejores a los del artículo 23, numeral 23.2 ibidem, aplicadas tanto por la Policía Nacional como por la Caja de Retiro de la Policía Nacional, en la liquidación de las prestaciones sociales.

Refiere la demanda la violación del artículo 58 de la Constitución Política (en concordancia con el literal a) del artículo 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, 152 numeral 7 de la Ley 270 de 1996 y 73 del Código Contencioso Administrativo, los cuales garantizan los derechos adquiridos y para el efecto disponen que estos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, motivo por el cual las leyes ordinarias han previsto, indistintamente y en perfecta armonía con la norma superior, que no es factible disminuir los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores, lo que en sentido contrario significa que la remuneración salarial debe ir en aumento de manera que al no habersele computado y liquidado las prestaciones sociales conforme a lo dispuesto en la Ley 180 y el Decreto 132 de 1995, se discriminó y desmejoró la situación prestacional.

Se afirma que la entidad demandada quebranta los principios constitucionales de la buena fe y la confianza legitima, la seguridad jurídica, así como la prohibición de exigir requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho previamente reglamentado, la carta en su artículo 84 consagró la obligación de las autoridades de ceñirse a los postulados de la buena fe y además la presunción de ésta en las gestiones que se adelantan ante aquellas, una manifestación o modalidad de ella es el principio de la confianza legitima, según el cual los ciudadanos esperan que la ley sea cumplida, respetada y aplicada por los jueces y las autoridades administrativas. No obstante, de existir la protección especial para los miembros de la Policía Nacional, que estando en servicio activo se homologaron al nivel ejecutivo, para estos servidores no se estableció el debido régimen de transición, por lo tanto, se violó la seguridad jurídica de las normas que aparaban sus derechos a no ser desmejorados ni discriminados.

Se acusa también a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional de actuar con abierta oposición y desconocimiento del artículo 220 de la carta magna, que establece de manera genérica los derechos de los miembros de la Fuerza Pública, entre otras la posibilidad de obtener una pensión (asignación de retiro), digna y a disfrutar con la especial protección, conforme la Ley 4ª de 1992, la Ley 180 de 1995 y

el Decreto 132 de 1995, protección que se enmarca dentro de los postulados del referido mandato constitucional.

Para finalizar, se argumenta que la creación de la carrera profesional del nivel ejecutivo en la Policía Nacional, tuvo como fin primordial como mejorar las condiciones laborales y salariales de los policías, tal como lo expresan y recomendaron las comisiones que analizaron la incidencia inconstitucional y se proyectó la modernización institucional, como se evidencia en el artículo 2º de la Ley 4 de 1992. Al homologarse el actor al nivel ejecutivo, quedó sometido al régimen previsto para ese personal, con relación al régimen de carrera, salvo en lo relativo a sus derechos y prestaciones, al tenor de la protección preexistente ya que por esas condiciones no se podría desmejorar en ningún aspecto, por lo tanto la entidad demandada debe aplicar los postulados contenidos en el artículo 23, numeral 23.1 del Decreto 4433 de 2004 o, subsidiariamente el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, que regulaba la situación laboral previa a ingresar al nivel ejecutivo en concordancia con los artículos 7 de la Ley 180 y 82 del Decreto Ley 132 de 1995.

1.5. Contestación de la demanda (Fols 1 a 5⁶)

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, allegó escrito de contestación manifestando frente a las pretensiones, oponerse a todas y cada una de ellas.

Frente a los hechos indica que son parcialmente ciertos tal y como lo demuestra en la hoja de servicios del señor Simón Gamboa, donde laboró por un espacio de 22 años, 1 mes y 26 días. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 01944 del 22 de mayo de 2007, equivalente al 79% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.

Narra que se hizo efectivo su retiro del servicio activo en vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 del 2004, artículo 23, numeral 23.2 y el 1858 del 2012, artículo 3 normas de carácter especial que entre otros establece el Régimen de Asignación y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que determinaban efectivamente las partidas sobre las cuales se debe liquidar la asignación mensual de retiro.

Para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional, el nuevo régimen adoptado por el Decreto 4433 de 2004 aumentó el porcentaje de las partidas computables para la asignación de retiro y pensiones, pues mientras el Decreto 1213 de 1990, en su artículo 104 ordenaba que a los agentes de la Policía Nacional que fueran retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la dirección general, por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, por mala conducta comprobada, por disminución de la capacidad sicofísica, por la inasistencia al servicio y que los retiren a solicitud propia a los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de dicho Decreto, sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

⁶ Visto en el documento No. 4 del Expediente Digital.

Como excepción de fondo se propuso la inexistencia del derecho, pues el retiro y la adquisición de su asignación de retiro en el caso del demandante se produjo bajo la vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 del 2004, artículo 23, numeral 23.2 y el 1858 del 2012, artículo 3, normas de carácter especial que entre otros establece el Régimen de Asignación y Prestaciones para el Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por lo tanto no le asiste el derecho de reclamar el porcentaje o factores de asignación de retiro.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda se radicó el 17 de septiembre de 2019 correspondiendo por reparto al presente Juzgado (Fol. 37), mediante auto del 13 de diciembre de 2019 procedió a admitir la misma (Fols 38 a 39⁸), donde se ordenó la notificación al representante legal de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional o quien haga de sus veces, al Agente de Ministerio Público delegado ante el Juzgado y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, mediante providencia del 26 de enero de 2022⁹ se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda, se fijó el litigio y se determinó por el Despacho que se procedería a dictar sentencia anticipada, previo traslado a las partes para que rindieran sus alegatos finales por escrito y el Ministerio Público rindiera concepto si así lo consideraba; expediente entró al Despacho para fallo el 4 de marzo de 2022 ¹⁰.

2.1. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

2.1.1. Parte demandante¹¹

Argumenta que demanda está encaminada en que se le garantice al accionante, la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, liquidado en un 30% por ser casado con la Señora Cecilia Rengifo Cárdenas quien dependía de él a la fecha del retiro del servicio activo, porcentaje, liquidado sobre el sueldo básico del grado de intendente, el cual ostentó al momento del retiro del servicio activo, no se pretende el reconocimiento de las partidas computables y vistas en el régimen prestacional estatuido en los decretos 1212 y 1213 de 1990, que consagra la carrera de oficiales, suboficiales y agentes, como lo ha entendido la demandada.

Relata que durante la permanencia del demandante como agente de la Policía Nacional y al momento de la homologación, tenía reconocido y disfrutaba como factor salarial el subsidio familiar, de esta manera y de conformidad con los artículos 7º de la Ley 180 de 1995 y 82 del Decreto 132 de 1995 y el artículo 58 superior constitucional, tenía una situación jurídica consolidada, como derecho adquirido, el cual había entrado a su patrimonio y no podía ser desmejorado y mucho menos desprotegido.

⁷ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

⁸ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

⁹ Visto en el documento No 10 del expediente digital.

¹⁰ Visto en el documento No. 20 del Expediente Digital.

¹¹ Visto en el documento No 13 del expediente Digital

Refiere que de acuerdo con el registro en la hoja de servicios del demandante se establece según su composición familiar ser casado, por lo que por concepto de subsidio familiar le correspondería en un 30%, liquidado sobre el salario básico de un intendente.

2.1.2. Parte demandada ¹²

Alega el apoderado que la entidad demandada no es la autoridad llamada para decidir si los artículos son del rango inconstitucional, pues esa facultad está consagrada a la Corte Constitucional, por lo tanto, su aplicabilidad se debe dar a la luz de nuestra Constitución Política y demás normas que se rigen para el caso de los regímenes especiales.

De igual forma indica que se evidencia con claridad que se trata de sujetos que no tienen la misma naturaleza pues obedecen a situaciones de hecho distintas, si bien ambos grupos pertenecen a la Policía Nacional, lo cierto es que, cada uno hace parte de categorías diferentes jurídicamente y que responden a una naturaleza funcional distinta, teniendo responsabilidades y tareas diferentes, así como sus prestaciones las cuales son reguladas por normas diferentes.

En relación con la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. E-00003-201807850 CASUR ID: 32176 del 30 de abril de 2018 proferido por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual se negó al actor la Reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión y el computo del subsidio familiar, resalta, que esta es una partida computable dentro de la asignación de retiro, solamente para los miembros pertenecientes a la especialidad de agentes, suboficiales y oficiales, contenido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, no siendo este el caso, pues toda vez que al voluntariamente homologarse al Nivel Ejecutivo, las condiciones con las cuales se reconociera cualquier derecho prestacional cambiaron, a estar regulada por normas de carácter especial para cada uno de los cuerpos de Policía.

2.1.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El litigio se contrae en determinar si ¿le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento de la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar liquidada sobre el 30% por ser casado con Cecilia Rengifo Cárdenas liquidado sobre el sueldo básico del grado de Intendente y el pago de los valores correspondientes a las diferencias que resulten entre lo pagado y la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar a partir del 10 de abril de 2018 hasta la inclusión en nómina y en consecuencia si se encuentra afectado de nulidad el acto acusado que negó tal derecho?

¹² Documento No 16 del expediente digital.

3.2. Tesis

Para el Despacho no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda por cuanto el demandante, una vez ingresó al nivel ejecutivo de manera voluntaria, le resultan aplicables las disposiciones especiales que rigen al personal del nivel ejecutivo, esto es el decreto 1091 de 1995 y porque las partidas computables establecidas para la asignación de retiro a los miembros de dicho nivel en el artículo 23. 2 del decreto 4433 de 2044 no contemplan el subsidio familiar.

4. Marco normativo

4.1. Del subsidio familiar

El subsidio familiar fue adoptado en la legislación colombiana a través de la Ley 90 de 1946 y los Decretos Legislativos 118 y 249 de 1957, como una prestación por medio del cual se buscaba el fortalecimiento de la familia.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 58 de 1963 y la Ley 56 de 1973, se amplió su cobertura a los servidores públicos y a todas las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los cincuenta mil pesos, estableciendo igualmente sus incrementos en los niveles de remuneración, el perfeccionamiento en los sistemas de recaudo, entre otras situaciones necesarias para el desarrollo de dicha prestación.

No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta que gran parte de la población laboral activa quedaba excluida de dicho subsidio, fue expedida la Ley 21 de 1982, en la que se determinó que este sería reconocido como una prestación social pagada en dinero, en favor de todos los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, estableciendo en todo caso que el objetivo fundamental de su reconocimiento es el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad.

De la legislación vigente sobre el subsidio familiar, se desprenden las siguientes características fundamentales¹³:

- 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.

¹³ Ver sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B, sentencia del 25 de noviembre de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

- Cobija a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).
- Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia, conforme el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual «El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia».
- Por regla general es inembargable, salvo las excepciones previstas en la ley.

De este modo, se tiene que el subsidio familiar ha sido concebido como una contribución a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, de modo que resulta ser una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, según el cual el "Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia¹⁴", por lo que, a partir de dicho precepto constitucional, el legislador debe establecer este beneficio en aras de favorecer a los sectores más pobres de la población o para los trabajadores que devenguen salarios bajos.

4.2. Del subsidio familiar en los miembros de la Policía Nacional

En el sector de la Fuerza Pública el artículo 13 de la 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.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se estableció en el artículo 216 que la Fuerza Pública está compuesta en forma exclusiva por las Fuerzas Militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional) y la Policía Nacional. La fuerza pública depende del Ministerio de Defensa. El presidente de la República es el comandante jefe de las Fuerzas Militares y el Jefe Superior de la Policía Nacional.

Por su parte, el artículo 218 *ibidem*, señaló que la ley organizará el cuerpo de Policía, y determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario. En desarrollo de lo anterior, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, y en sus artículos 1, literal d); 2º literal a); y 10º, dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos señalados en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros de los miembros de la fuerza pública.

Ahora bien, como pretende el actor que se le apliquen diversas normas dispuestas para los miembros del nivel ejecutivo para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, es necesario hacer referencia a este régimen salarial y prestacional.

El Decreto 1212 y 1213 de 1990 reconoció el subsidio familiar en los siguientes términos:

“DECRETO 1212 DE 1990 (...) ARTÍCULO 82. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la

¹⁴ Corte Constitucional.

vigencia del presente Decreto **los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional**, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el 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%). (...)

DECRETO 1213 DE 1990. (...) ARTICULO 46. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, **los Agentes de la Policía Nacional** en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el 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%).”
(Resaltado por el Despacho)

Con posterioridad a la expedición de los decretos en mención, el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias profirió el Decreto 041 de 1994, por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, creando el nivel ejecutivo de la Policía Nacional y en sus artículos 18 y 19 facultó a los suboficiales y agentes activos, respectivamente, que para ingresar a dicha escala jerárquica-nivel ejecutivo-el miembro que optara por esta debía realizar una solicitud en tal sentido. No obstante, en sentencia C-417 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha reglamentación por extralimitación de la ley.

De manera que, a través de la Ley 1809 de 1995, se le otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para desarrollar la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y fue así como se expidió el decreto 132 de 1995, por el cual desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo y en lo que corresponde a las condiciones generales de ingreso dispuso en el artículo 11 los requisitos.

En desarrollo de lo precedido, se expidió el Decreto reglamentario 1091 de 1995, el cual 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 con 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 de este 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.”

5. Caso concreto

5.1. Hechos probados

- Que el Señor Simón Gamboa, se desempeñó como agente alumno desde el 24 de junio de 1965 al 31 de diciembre de 1965, como agente nacional del 1 de enero de 1966 al 30 de abril de 1995. Asimismo, como nivel ejecutivo del 1 de mayo de 1995 al 2 de febrero de 2007 en la Policía Nacional (Fol. 2¹⁵).
- La liquidación de la asignación de retiro como Intendente (R), del señor Simón Gamboa (Fol. 6¹⁶).
- Mediante resolución No. 01944 del 22 de mayo de 2007, se le reconoció y ordenó el pago de asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 79% al Señor Simón Gamboa. (Fols. 14 a 15¹⁷).
- Petición realizada por el Señor Simón Gamboa, donde solicita la liquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, con Radicado No R-00001-201911325-casur del 10 de abril del 2018(Fols. 38 a 40¹⁸).
- Mediante oficio No E-00 003-2018 07 850- CASUR id: 32176 del 30 de abril de 2018 suscrito por el Director de la Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional negó lo peticionado anteriormente (Fols. 28 a 29¹⁹).

5.2. Análisis del caso concreto

El Señor Simón Gamboa pretende a través del presente medio de control, el reconocimiento y pago del subsidio familiar equivalente al 30% de su salario por estar casado con la Señora Cecilia Rengifo lo anterior, bajo el amparo del régimen salarial y prestacional de los decretos 1212 y 1213 de 1990. Ahora, recordemos que al tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del decreto 132 de 1995, para ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional podría hacerse por primera vez de manera directa, o por homologación de aquellos suboficiales o agentes que por voluntad propia “lo hubieran solicitado” -como el caso que nos ocupa.

Sobre el particular, y con el fin de dar mayor claridad a lo que argumenta la parte

¹⁵ Visto en el documento No. 6 del Expediente Digital.

¹⁶ Visto en el documento No. 6 del Expediente Digital.

¹⁷ Visto en el documento No. 6 del Expediente Digital.

¹⁸ Visto en el documento No. 6 del Expediente Digital.

¹⁹ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

activa de esta litis, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2019²⁰, realizó un estudio del régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo determinando que este es mucho más favorable. Así se indicó:

“Si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió el actor le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la institución se acogieron a la homologación. Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas, no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales (...)

56. En materia del subsidio familiar: (...)

57. Cabe precisar que respecto del subsidio familiar, el régimen del Nivel Ejecutivo en el artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, dispuso el pago por los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros y consagró unas nuevas condiciones, pues en dicho subsidio se pueden incluir ahora a hermanos y padres como beneficiarios, razón por la que en el presente caso, dicho subsidio continúa después de la homologación al Nivel Ejecutivo, con la diferencia que no incluye a la cónyuge o compañera permanente. De modo que este subsidio no se eliminó para el Nivel Ejecutivo y se continuó pagando, eso sí, teniendo en cuenta la reglamentación que regula su nueva vinculación."

(...)

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada una de las normativas en estudio (en este caso, el de los Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo Decreto 1091 de 1995, por el otro).” (Resaltado por el Despacho)

Y es que bajo el principio de inescindibilidad de la norma, mal podría este Administrador de Justicia, acoger solo partes de un régimen porque la parte actora considera que le es más favorable, sin determinar bajo una óptica integral, primero, el régimen que le corresponde tomando como base el momento en que ingresó al nivel ejecutivo, esto es en vigencia del decreto 1091 de 1995; lo anterior en los términos del artículo 15 del decreto 132 de 1995; y segundo, sin considerar no solo apartes sino en conjunto el régimen prestacional y salarial de los miembros de dicha jerarquía no anterior, como lo fue el decreto 1212 y 1213 de 1990, sino el vigente al momento del ingreso, esto es el decreto 1091 de 1995.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 25000-23-25-000-2011-01078-01 (1190-14).

De cara al sub lite, el Consejo de Estado²¹ ha sido enfático al señalar:

“64. Además, virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

65. Entonces, si bien es cierto no se desconoció la protección dada a los Agentes y Suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, 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 fueron desmejoradas sus condiciones laborales.

66. Con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado en su conjunto, se insiste, el régimen del Decreto 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios.” (Resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, se reitera, el demandante ingresó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional quedando sometido a las normas que se expidieran en materia salarial y prestacional en desarrollo de esa carrera, las cuales, con se ha observado, son las que han sido aplicadas en su integridad y no de manera separada frente a las partidas prestacionales que le puedan llegar a ser más favorables del régimen salarial y prestacional de los otros niveles jerárquicos de la institución como lo son los oficiales, suboficiales o agentes de la Policía Nacional.

Bajo este hilo conductor, establecer lo contrario, sería vulnerar el principio de inescindibilidad de la norma, pues nuestro órgano de cierre advierte tajantemente que la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, pues no resulta viable, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezcan²².

En este orden, es claro que no hay lugar a ordenar la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar, teniendo en cuenta el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 23 se hace referencia a las partidas computables para la asignación de retiro, en donde se establece en el numeral 23.2 que frente a los miembros del nivel ejecutivo es claro frente a cuáles son las partidas que serán reconocidas sin que se consagre el subsidio familiar. Por ende al negarse las pretensiones de la demanda se declarará probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la entidad demandada.

5.3. Condena en costas

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 25000-23-25-000-2011-01078-01 (1190-14).

²² Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 8 de mayo de 2008, expediente No. 76001-23-31-000-2003-04045-01.

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²³ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del CPACA que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

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

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

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

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandada contestó la demanda y presentó alegatos de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el Despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$189. 942 en favor de la demandada la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente al 4% de las pretensiones, de conformidad a lo establecido en el acuerdo PSAA- 16- 10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la entidad demandada, por lo expuesto en precedencia.

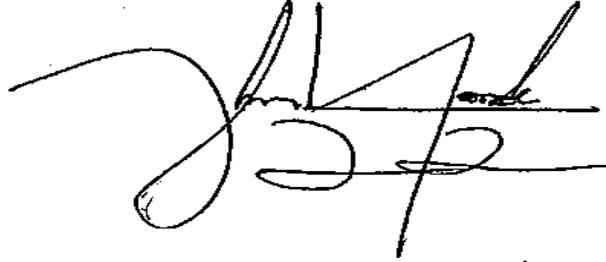
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, tomando como agencias en derecho la suma de \$189.942 en favor de la demandada la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que serán tenidas en cuenta por la secretaría al momento de liquidar las costas.

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

En firme esta decisión, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones en el sistema judicial siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Libardo Andrade Flórez', written over a horizontal line.

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ

Juez