



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335-012-2017-00349-00
ACCIONANTE: EDDER RUBIANO MALDONADO
ACCIONADO: CREMIL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 190 - 19

En Bogotá D.C. a los 30 días del mes de mayo de 2019, a las 02:30 p.m la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 40 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

No comparecen a la audiencia los apoderados de las partes.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

De conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decisión de Fondo

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

El Despacho no advierte la existencia de irregularidades, por lo que queda agotada esta etapa de saneamiento.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA I FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si en virtud del principio de igualdad es factible incluir en la asignación de retiro de los soldados profesionales el 100% de lo devengado en actividad por concepto de subsidio familiar, en la forma en que se regula para el personal oficial y suboficial del ejército, existiendo para cada uno de ellos normas diferentes, para lo cual deberá establecerse si existe discriminación odiosa entre estos regímenes.

TESIS DEL DESPACHO

Acorde con lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, los soldados profesionales, y los oficiales y suboficiales se regulan, para el cómputo del subsidio familiar en su asignación de retiro por normatividades diferentes que no comportan trato discriminatorio, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas, sin desconocer además que al legislador le asiste autonomía para establecer los diversos regímenes salariales y prestacionales de los miembros de la fuerza pública.

CONSIDERACIONES

El subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina ha sido regulado de la siguiente manera.

Por el Decreto 1794 de 2000:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

La citada norma estableció a favor de los soldados profesionales el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad; norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2009¹, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, parágrafo primero. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% salario básico mensual + 100% prima de antigüedad mensual,

ARTÍCULO 2º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”

Años después, se ajustó aún más la reglamentación del subsidio familiar para los soldados profesionales, estableciendo que ingresaría como partida de la asignación de retiro, caso en el cual expidió el Decreto 1161 de 2014, norma que en lo pertinente dispone:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados

¹ El Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335-012-2017-00349-00
ACCIONANTE: EDDER RUBIANO MALDONADO
ACCIONADO: CREMIL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 189 - 19

En Bogotá D.C. a los 30 días del mes de mayo de 2019, a las 02:30 p.m la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 40 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

No comparecen a la audiencia los apoderados de las partes.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

De conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decisión de Fondo

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

El Despacho no advierte la existencia de irregularidades, por lo que queda agotada esta etapa de saneamiento.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA I FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si en virtud del principio de igualdad es factible incluir en la asignación de retiro de los soldados profesionales el 100% de lo devengado en actividad por concepto de subsidio familiar, en la forma en que se regula para el personal oficial y suboficial del ejército, existiendo para cada uno de ellos normas diferentes, para lo cual deberá establecerse si existe discriminación odiosa entre estos regímenes.

TESIS DEL DESPACHO

Acorde con lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, los soldados profesionales, y los oficiales y suboficiales se regulan, para el cómputo del subsidio familiar en su asignación de retiro por normatividades diferentes que no comportan trato discriminatorio, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas, sin desconocer además que al legislador le asiste autonomía para establecer los diversos regímenes salariales y prestacionales de los miembros de la fuerza pública.

CONSIDERACIONES

El subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina ha sido regulado de la siguiente manera.

Por el Decreto 1794 de 2000:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

La citada norma estableció a favor de los soldados profesionales el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad; norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2009¹, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, parágrafo primero. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% salario básico mensual + 100% prima de antigüedad mensual,

ARTÍCULO 2º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”

Años después, se ajustó aún más la reglamentación del subsidio familiar para los soldados profesionales, estableciendo que ingresaría como partida de la asignación de retiro, caso en el cual expidió el Decreto 1161 de 2014, norma que en lo pertinente dispone:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados

¹ El Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre

Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.*

Parágrafo 2. *Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

Parágrafo 3. *Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto."*

(...)

"Artículo 5. *A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan."*

De manera sucesiva, fue dictado el **Decreto 1162 de 2014**, con el que se reglamentó el porcentaje a tener en cuenta como partida computable de la asignación de retiro

de los soldados profesionales que causaron el derecho antes del Decreto 1161 de 2014, es decir, al amparo de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, así:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De esta forma la reglamentación del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales comprende dos momentos, el primero de ellos antes del 01 de julio de 2014 para el personal que causó el derecho antes esta fecha, devengaba el subsidio en cuantía del 4% del sueldo básico más el 100% de la prima de antigüedad siguiendo los lineamientos del decreto 1794 del 2000, mientras que el personal que cause el derecho a partir del mes 01 de julio de 2014 deberán estar sometidos a las reglas contenidas en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, cuya cuantía oscila entre el 20% y el 26% de la asignación básica mensual.

Conforme a los Decretos 1161 y 1162 de 2014, para liquidar el subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina, se tienen en cuenta estas dos situaciones:

- 1) Para aquellos que devengaban el subsidio antes **del 01 de julio de 2014**, se les aplica el Decreto 1162 del 2014 y en consecuencia dicha partida, en un porcentaje del 30%, se suma de manera directa al valor de la asignación de retiro.
- 2) Para los que acceden al subsidio con posterioridad al 1 de julio quedan regidos por el Decreto 1161 de 2014 y esta partida entra en la asignación de retiro en un 70%

Ahora bien, previo a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, no se había dicho nada sobre el computo del subsidio de familia para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, este emolumento no formaba parte de las partidas computables para liquidar la prestación, en efecto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004², determinó para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, una vez terminados los tres meses de alta, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, deberá pagar una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual junto con las partidas computables de que trata el numeral 13.2.1, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad³, adicionada en un 38.5%,

² Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

³ “Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

sin que, en todo caso, dicha asignación de retiro sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El subsidio familiar que se venía reconociendo en actividad no fue contemplado en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, por vía jurisprudencial del Consejo de Estado⁴ en una acción de tutela, dispuso que se debía inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 procediendo así, la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, en aras de salvaguardar el principio de igualdad.

Esta postura sirvió para que en varios Juzgados y Tribunales Administrativos del país inaplicaran por inconstitucionalidad el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que excluye la partida de subsidio familiar para efectos del cómputo en la asignación de retiro al ser violatorio del derecho de igualdad, y se incluyera en dicha partida en equivalencia al 100% de lo devengado en actividad.

Para este momento, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del día 25 de abril de 2019⁵, ha zanjado la discusión en los siguientes términos:

“Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. (Subrayado del Despacho)

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su computo.

200. iii) La diferencia de trato esta constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad,

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”.

⁴ Expediente número: 11001-03-15-000-2015-00001-01(AC); C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

⁵ Radicado: 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016)

el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo "en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. (Subrayado del Despacho)

(...)

Extensión de la decisión que aquí se adopta

305. El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad garantizar en el ámbito administrativo el principio de igualdad, por tal razón consagra el deber de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia a situaciones que tengan similares supuestos fácticos y jurídicos.

Por su parte, y en consonancia con el aludido principio, el artículo 102 ibidem establece que es obligación de las autoridades extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos.

306. A su turno, el artículo 270 ejusdem señaló que son sentencias de unificación jurisprudencial las siguientes: i) las que profiera el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, esto es, las dictadas en virtud del artículo 271; ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y; iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión previstas en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

307. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de unificar jurisprudencia, causal prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y que además en ella se reconoce un derecho, la presente sentencia de unificación jurisprudencial es extensible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de

2011, a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica.

308. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

309. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

(...)

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal." (Subrayado del Despacho)

Corolario de la jurisprudencia transcrita, quedan sentadas las siguientes reglas, **i)** los soldados profesionales que causen su asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, en un 30% si al momento de su retiro estaban devengado el subsidio familiar de que trata el Decreto 1794 de 2000 (4% de salario básico + prima de antigüedad), **ii)** para el personal que para ese momento se encontraba activo y no recibía el subsidio familiar conforme al Decreto 1794, pero que lo empezó a devengar conforme al Decreto 1161 (máximo el 26% de la asignación básica), el porcentaje de dicha partida en la asignación de retiro sería del 70%, y **iii)** para quienes antes del 01 de junio de 2014 habían causado derecho a asignación de retiro y en actividad devengaran subsidio familiar, esta partida no se será computable.

CASO CONCRETO

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor EDDER RUBIANO MALDONADO en su calidad de soldado profesional, asignación de retiro mediante Resolución No. 5462 del 05 de agosto de 2016, teniendo en cuenta el salario mensual en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad adicionada en un 38.5% y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

Según el accionante, se debió aplicar lo estipulado en el artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004 conforme al cual a los oficiales y suboficiales se le tendría en cuenta el "Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro"; es decir solicita que se tenga en cuenta el 100% del subsidio familiar devengado en actividad (62.5%), y no el 30% (18.75%) de acuerdo al decreto 1162 de 2014.

Para resolver el presente asunto, el Despacho observa que el retiro del servicio del accionante fue posterior al 01 de julio de 2014 y que venía devengando el subsidio familiar en los términos dispuestos por el Decreto 1794 de 2000, razón por la cual debe darse aplicación a las reglas dispuestas en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, y en tal sentido la asignación de retiro ha sido correctamente liquidada por la entidad, pues tomó como porcentaje del subsidio familiar el 30% de esta partida devengada en actividad, por lo que no le asiste razón al demandante de solicitar que sea liquidada y computada en un 100% al igual que oficiales y suboficiales(62.5%).

Por otra parte, el actor señala que existe falsa motivación al no haber correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que niegan la solicitud al accionante.

Con respecto a la falsa motivación vale anotar que hay lugar a declararla siempre y cuando se configure un error de hecho o un error de derecho tal como lo estableció el Consejo de Estado:

“Según antecedentes jurisprudenciales⁶, la falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo; se estructura cuando en las consideraciones de hecho o de derecho sobre las que se basa el acto administrativo, se incurre en error. Ya sea, porque los hechos citados en la decisión son inexistentes, o cuando existiendo, estos son calificados de forma errónea desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se está frente a la configuración de un error de hecho mientras que en el segundo de un error de derecho.”⁷

De igual forma se ha establecido que se configura la falsa motivación cuando se demuestre una de estas dos circunstancias: (i) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o (ii) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente⁸.

En el presente caso, acogiendo las reglas jurisprudenciales que regulan ese tema, no se vislumbra que el acto atacado contenga error de hecho o de derecho, dado que sus consideraciones se realizaron conforme a las normas que son aplicables a la materia; de igual forma no se logró demostrar por el actor que la entidad haya incurrido en una de las dos circunstancias señaladas anteriormente.

Así las cosas, se denegarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS⁹

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁹, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, sentencia 18 de agosto de 2011, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.. radicación número: 25000232500020070075301053208

⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-24-000-2006-01025-01

⁸ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02617-01

⁹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho advierte que para la fecha de presentación de la demanda no existía regla jurisprudencia definida por lo que el demandante tenía una expectativa en la prosperidad de sus pretensiones, no obstante, en este momento se ha proferido sentencia de Unificación sobre el tema objeto de debate y con la cual lo pretendido no está llamado a prosperar, por lo tanto no se condenara en costas a la parte vencida.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

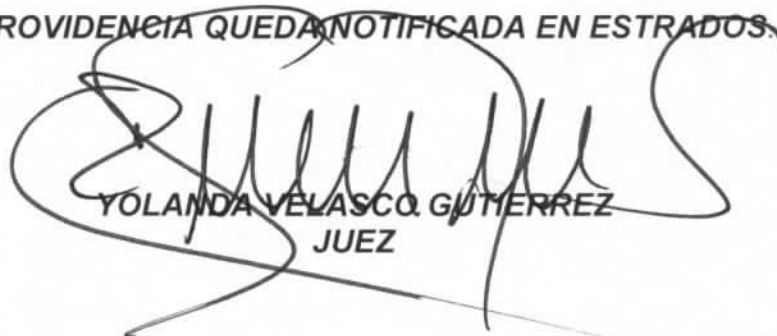
PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.

TERCERO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC

10/11/12