



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA

Ibagué, Veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandados:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Radicación:	No. 73001-33-33-007-2020-00044-00
Asunto:	Reajuste asignación de retiro – Prima de Actividad

Como toda la actuación de la referencia se ha surtido conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. PRETENSIONES:

2.1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 0081569 de 12 de diciembre de 2016, mediante el cual la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** negó a la accionante las siguientes solicitudes:

- La reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida a la accionante mediante la resolución expedida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –**

CREMIL, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 49.5% de la asignación básica.

- El reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de 2005 a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en los literales anteriores.
- Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año 2005 en adelante, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

2.1.2 La reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida a la accionante mediante Resolución expedida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 33% de la asignación básica, en aplicación de los parámetros establecidos en el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y a partir del 01 de julio de 2007 de 49.5% de conformidad con el Decreto 2863-2007.

2.1.3 Ordenar a la entidad Demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (sic).

2.2. Como **HECHOS** para fundamentar sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:

2.2.1 El señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANOS** prestó sus servicios en el grado de Sargento Primero en las fuerzas militares.

2.2.2 Previo cumplimiento de los requisitos exigidos, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, mediante Resolución 0732 del 26 de mayo de 1975, le reconoció asignación de retiro al señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANOS**.

2.2.3 Mediante Resolución, CREMIL reconoce como beneficiaria de la pensión a la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI**, en donde le computó la partida prima de actividad en un porcentaje del 20% de la asignación básica.

2.2.4 La liquidación de la asignación de retiro de la accionante viene siendo liquidada anualmente de conformidad a lo establecido en los artículos 140, 141, 142, 144 y 151 del decreto 1121 de 1990 y para el incremento anual de la asignación de retiro de la accionante se viene aplicando el principio de Oscilación, establecido en el Decreto 1211 de 1990.

2.2.5 La accionante radicó ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL derecho de petición, el cual tenía por objeto las pretensiones que son reclamadas en la presente demanda.

2.2.6 La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL respondió despachando desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición, mediante acto administrativo No. 0081569 de 12 de diciembre de 2016.

2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 1, 2, 4, 13, 46, 48, 53, 58 y su preámbulo.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

- Ley 4° de 1992, artículo 2.
- Decreto 1211 de 1990, artículo 151.
- Decreto 4433 de 2004.

Al desarrollar el concepto de la violación, el apoderado del extremo activo indica que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, al negarle el derecho que le asiste al accionante, es decir que le sea liquidada la asignación de retiro teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en la asignación del personal en actividad, está violando los principios fundamentales propios de un estado social de Derecho, al igual que sus derechos fundamentales a la igualdad, al de la protección al adulto mayor, servicio público de la seguridad social y principio de favorabilidad.

Cita jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Concejo del Estado, sobre la aplicación del principio de oscilación, el reconocimiento de las asignaciones de retiro y su correcta liquidación, asignándole las modificaciones graduales que deberían aplicarse en la prima de actividad.

Finaliza su escrito mencionando que, la accionante tiene unos derechos adquiridos y le asiste derecho a la liquidación de su asignación de retiro, aplicando el principio de oscilación que fue creado en la ley 2° de 1945, esto es, teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las prestaciones sociales, por lo cual le asiste derecho a su representada.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 14 de febrero de 2020¹ ante los juzgados administrativos de la ciudad de Bogotá D.C, correspondiéndole al juzgado 14 administrativo – sección segunda, quien le asignó el radicado 11001333501420190055600, y mediante auto de fecha 31 de enero de 2021², declaró la falta de competencia por el factor territorial, ordenando que fuera remitida a la oficina de reparto de los juzgados administrativos de Ibagué, correspondiendo por reparto a este Despacho Judicial, en donde se admitió por auto de fecha 28 de febrero de 2020³; surtida la notificación a la entidad demandada, “**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**”, se advierte que esta contestó la demanda y propuso excepciones⁴, de las cuales se corrió traslado a la parte demandante, quien guardó silencio frente a las mismas.⁵

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la “CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL” señala que se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora.

Continúa su escrito indicando que, la accionante solicitó el reajuste de la prima de actividad dentro de su asignación de retiro, para que se le modifique el porcentaje de la prima de actividad; frente a lo cual CREMIL dio respuesta negativa, por cuanto su prestación quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 2337 de 1971 y el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones en aplicación a normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario.

¹ Visto en el folio 1 del archivo denominado carpeta “001CuadernoPrincipal” de la carpeta con el mismo nombre.

² Vista a folios 35 al 38 del archivo denominado carpeta “001CuadernoPrincipal” de la carpeta con el mismo nombre.

³ Vista a folios 41 al 44 del archivo denominado carpeta “001CuadernoPrincipal” de la carpeta con el mismo nombre.

⁴ Visto en el archivo denominado “012VencimientoTrasladoArt172CorreTrasladoArt173” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁵Visto en el archivo denominado “013VencimientoTrasladoArt173CorreTrasladoExcepciones” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Añade que al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 20% por concepto de prima de actividad a partir del 22 enero de 1973 y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 30%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador para la época, pues para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de Prima de Actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma. Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, por medio de la cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, en su Artículo 2° previó un incremento en el porcentaje de la Prima de Actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007, con el fin de garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio, como se indicó en su artículo 4.

Manifiesta que, conforme a la norma anterior, el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros, tanto activos como retirados del servicio es en el equivalente a un 50% de lo devengado, pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación, como equivocadamente asume el demandante, pues la normatividad mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Por último, el apoderado judicial de la Entidad demandada propuso la siguiente excepción:

NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

En el caso bajo estudio no se configura causal alguna de nulidad de los actos administrativos atacados pues, por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

3.2 CONTESTACIÓN EXCEPCIONES PARTE DEMANDANTE

La parte demandante guardó silencio, conforme se indica en la constancia secretarial vista en el archivo denominado "014VencimientoTrasladoExcepcionesPasaDespacho" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

3.3. DE LA FACULTAD DE EMITIR SENTENCIA ANTICIPADA

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Mediante auto del diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)⁶ se determinó que, dentro de las excepciones propuestas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, no se incluyó alguna de las cuales debiera ser decidida con antelación y, conforme a lo preceptuado en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se advirtió que era viable proferir sentencia anticipada, toda vez que el presente asunto es de puro derecho y no se requería de la práctica de pruebas, por lo que se procedió a fijar litigio, incorporar las pruebas documentales allegadas por las partes, y se requirió una prueba de oficio a la parte pasiva.

Conforme a lo anterior, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL procedió adjuntar al plenario lo solicitado, visto en el archivo denominado “001ExpedienteAdministrativo” de la carpeta “002CuadernoPruebasdeOficio” del expediente digital, por lo cual mediante auto de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)⁷, se corrió traslado a la parte demandante de la prueba aportada, y se ordenó que en firme la decisión anterior, sin necesidad de que el expediente ingresara nuevamente al Despacho, correría el término de traslado para alegar a las partes.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1. PARTE DEMANDANTE⁸

El apoderado de la parte demandante manifestó que se ratificaba en las pretensiones y hechos indicados en el escrito de demanda, ya que están sustentados en hechos jurídicos y fácticos reales.

3.4.2. PARTE DEMANDADA, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL⁹

La apoderada de la parte demandada cita la misma normatividad a la que hizo alusión en el escrito de contestación de demanda, y agrega que, en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta la demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues a la Entidad le correspondía realizar un incremento del 10% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 20% al 30%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro de la hoy accionante.

Lo anterior en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado el del activo correspondiente.

Continúa indicando que, la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por la demandante al tener reconocida la prima de actividad en un 20%, debía ser incrementada en un 10% para un total de 30%, valor que ha venido reconociendo CREMIL; y que el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la analizada por el demandante que refiere la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro

⁶ Visto en el archivo “AutoFijaLitigioCorreTrasladoPruebaDecretoPruebaOficio” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁷ Visto en el archivo “019AutoCorreTrasladoPruebaTrasladoAlegatos” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁸ Visto en el archivo “025EscritoAlegacionesParteDemandante” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

⁹ Visto en el archivo “021EscritoAlegacionesCremil” de la carpeta denominada “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

adquiridas en regímenes diferentes en aspectos como la base de liquidación, la cual no es susceptible de este principio.

Finaliza su escrito estipulando que, no le asiste razón a la demandante para solicitar la nulidad del acto acusado, por cuanto los actos administrativos proferidos en el caso bajo estudio se encuentran ajustados a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar su presunción de legalidad y, en consecuencia, negar las súplicas de la demanda.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

IV.- CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, por lo que se procede a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

4.1 CUESTIÓN PREVIA - PROBLEMA JURÍDICO

Previo a abordar el fondo del asunto, encuentra el Despacho necesario indicar, en aras de precaver una eventual nulidad y en procura de dotar la presente decisión de la mayor claridad posible, que si bien mediante proveído de fecha diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) se estableció que el problema jurídico a dilucidar dentro del sub lite consistía en Determinar ¿si la demandante, en su calidad de beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro del señor José Leovigildo Russi Castellanos (q.e.p.d.), tiene derecho a la reliquidación y reajuste de misma, incrementando para el efecto la partida denominada Prima de Actividad del 30% al 33%, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de la misma anualidad y el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007?

Siendo necesario precisar que, lo que pretende la demandante, es el reajuste de la mentada partida al 33% a partir del 1º de enero de 2005 y, a su vez, al 49.5%, a partir del 1 de julio de 2007, con base en la normatividad señalada con antelación?

4.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO

- Decreto 1211 de 1990.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 4433 de 2004.
- Decreto 2863 de 2007.
- Corte Constitucional, sentencia C-924 del 06 de septiembre de 2005.
- Corte Constitucional en la sentencia SU 082 del 6 de marzo de 2022.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00704-01(1585-13). Consejero ponente: César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A. Sentencia del 04 de marzo de 2021; Rad: 76001-23-33-000-2015-00225-01(1525-18). CP. William Hernández Gómez.
-

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Previo a resolver el fondo del asunto, resulta necesario realizar un análisis de la prima de actividad para el personal de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, así como del principio de oscilación.

4.2.1. DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD DE LOS OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES:

Ahora bien, frente a la prestación en cuestión, se tiene que el Decreto 2337 de 1971, en su artículo 11610, señalaba:

“Artículo 116. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sea retirados bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

(...)

b. Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: (...) una prima de actividad de quince (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado.

(...)”.

Así mismo que, el Decreto 1211 de 1990 regula la prima de actividad en servicio activo y como factor de liquidación de la asignación de retiro, así:

“ARTÍCULO 84. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

“ARTÍCULO 159. Cómputo Prima de Actividad. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computara de la siguiente forma:

Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)”. (Negrillas del Despacho).

Posteriormente, a través de la **Ley 923 del 30 de diciembre de 2004**, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política y específicamente su artículo segundo estableció que, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendría en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

¹⁰ Derogado por el artículo 218 del Decreto 612 de 1977.

En desarrollo precisamente de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004** "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", en cuyos artículos 2, 13 y 15 señaló:

“ARTÍCULO 2°. *Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores”.*

“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:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

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.”*

“ARTÍCULO 14. *Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:*

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1°. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por*

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%). A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2°. *Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”*

Así las cosas, de lo preceptuado por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 se observa que, los oficiales y suboficiales con 15 años de servicios que sean retirados del mismo, tienen derecho al 50% del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 ibidem, y que sólo reguló lo concerniente a los oficiales y suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, situación que permite inferir que, para los demás eventos, se debe acudir a la normativa que se encontraba vigente al momento en que se efectuó el retiro del servicio, toda vez que se deben respetar los derechos adquiridos bajo normas anteriores.

Sobre este punto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-924 del 06 de septiembre de 2005 al considerar:

“(…) El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. *Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos (...).”* (Se Destaca)

Años más tarde, se expidió el Decreto 2863 de 2007, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007, el cual, en relación con la prima de actividad en sus artículos 2° y 4°, dispuso:

“Artículo 2°.- *Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”*

“Artículo 4°.- *En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de*

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

sobrevivientes de los Oficiales u Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustada el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.”

Se extrae de lo anterior, que el beneficio o incremento consagrado en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, transcrito en precedencia, se dirige, entre otros, al personal de Oficiales y Suboficiales tanto de las Fuerzas Militares, como de la Policía Nacional, en servicio activo, y que en virtud a lo dispuesto en el artículo 4º, es extensiva a los Oficiales y Suboficiales tanto de las Fuerzas Militares, como de la Policía Nacional que hubieren hubiesen obtenido el reconocimiento de la asignación de retiro antes del 01 de julio de 2007.

En torno al tránsito de las previsiones normativas que regulan la asignación de retiro, el H. Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha 04 de marzo de 2021, se pronunció en los siguientes términos:

“(…) En materia pensional, la regla general es que la normativa aplicable sea la vigente para la fecha en que se reúnan los requisitos que permiten acceder a la prestación. En otras palabras, el momento de consolidación plena del derecho es lo que, en principio, determina las previsiones que han de gobernar una determinada situación fáctica.

No obstante lo anterior, esa regla general puede verse exceptuada al menos en tres casos. El primero, en los eventos en que se deroga una ley pero la nueva normativa contempla expresamente la existencia de un régimen de transición a través del cual se protegen las expectativas legítimas de quienes ya tenían un camino recorrido en aras de acceder al derecho en los términos de la legislación anterior.

El segundo de ellos sucede cuando, al momento de causarse el derecho, se está en presencia de dos o más postulados jurídicos vigentes que proveen una solución al mismo caso. En estos eventos, en virtud del principio de favorabilidad, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso. Lo anterior en virtud de lo que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamiento.

Finalmente, aparece el fenómeno de la retrospectividad de la ley, que al igual que el primer supuesto aplica en el caso de un tránsito normativo, suponiendo la posibilidad de que la nueva norma gobierne situaciones fácticas y jurídicas que han estado reguladas por los mandatos precedentes pero que siguen en curso puesto que no se han consolidado para el momento en que aquella entra en rigor. La finalidad que pretende satisfacer esta figura es que las personas puedan beneficiarse con la aplicación de una nueva norma que propende por la garantía de derechos ligados al concepto de dignidad humana y a la superación de situaciones de desigualdad y marginación (...)”¹¹.

En relación con el principio de favorabilidad y de la aplicación en el tiempo en materia laboral, la Corte Constitucional en la sentencia SU 082 del 6 de marzo de 2022, señaló:

“En suma, el principio de favorabilidad es una herramienta contenida en la Constitución Política y la ley laboral, que tiene como finalidad dirimir los conflictos laborales que surjan tanto de la aplicación de fuentes formales de derecho como de su interpretación. Así pues, cuando concurren diferentes interpretaciones y sobre ello existe duda razonable respecto de la aplicación de las interpretaciones sobre las normas, el operador debe optar por la que resulte más favorable a la condición del trabajador o pensionado, para no transgredir el mandado constitucional y legal.”

(…)

¹¹ Sentencia Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A de fecha 04 de marzo de 2021; Rad: 76001-23-33-000-2015-00225-01(1525-18). CP. William Hernández Gómez

“118. El Constituyente de 1991 no fue ajeno a estas circunstancias. La Constitución establece que se garantizan los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser vulnerados o desconocidos por normas posteriores (artículo 58). Por su parte, en el inciso 3º del artículo 29 de la Constitución se determinó que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

119. Con fundamento en las anteriores disposiciones, dentro del ordenamiento jurídico las normas, en principio, surten efectos generales inmediatos en los actos, hechos o situaciones que se hubiesen iniciado con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, existen escenarios en los que es posible acudir a otros fenómenos de aplicación de la norma en el tiempo como lo son la retroactividad, la ultractividad y la retrospectividad, los cuales serán expuestos a continuación.

120. En primer lugar, se encuentra la retroactividad que consiste en la aplicación de una norma a situaciones que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia. Como se ha indicado, las disposiciones normativas rigen desde su promulgación, de ahí que, por regla general, no puedan ser aplicadas a circunstancias que se consolidaron antes de ese momento. Por tanto, no existe, bajo ese escenario, vocación de modificar las situaciones que válidamente se han consolidado bajo el amparo de una ley anterior. Esta situación se basa en la garantía constitucional de la seguridad jurídica pero no obsta para que, en determinadas circunstancias, esto es, con expresa disposición legislativa, la ley pueda regir situaciones que nacieron a la vida jurídica antes de que ella imperara.

121. En segundo lugar, la ultractividad tiene que ver con “la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar durante su vigencia, por el efecto general e inmediato de las leyes, en la actualidad sus efectos se encuentran cobijados por una nueva disposición jurídica. De este modo, aunque la nueva ley es de aplicación inmediata, en virtud del fenómeno de la ultractividad se admite la pervivencia de la normatividad anterior con el objetivo de preservar las pretéritas condiciones de adquisición y extinción de una determinada relación jurídica, en beneficio de los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la norma derogada”.¹²

121. Finalmente, la retrospectividad se aplica cuando las normas regulan situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, los efectos jurídicos no se consolidaron o definieron hasta la vigencia de la nueva norma. La Corte ha indicado que la retrospectividad es un límite a la retroactividad en la medida en que busca la “satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor de la justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano.”

De los anteriores postulados jurisprudenciales es posible concluir, que hay lugar a acudir al principio de favorabilidad, cuando existe duda razonable respecto de la aplicación de las interpretaciones sobre las normas; que la pensión debe resolverse con sujeción al régimen jurídico vigente al momento en que suceden los hechos que dan lugar a ella y que la no aplicación de nuevas normas a situaciones consolidadas, no vulnera el derecho a la igualdad de los miembros de la Fuerza Pública, porque se trata de situaciones resueltas conforme al régimen pensional vigente a la fecha en el que se adquirió el status de retirado, y que, aunque por lo general las normas tienen efectos inmediatos sobre las situaciones que se presenten luego de su publicación, existen algunos fenómenos que pueden variar esa aplicación de la ley en el tiempo.

4.2.2. DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-309 de 2019. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004, T-110 de 2011 y T-525 de 2017.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

En términos generales, el principio de oscilación consagra que las asignaciones de retiro se incrementarán teniendo en cuenta las variaciones que en tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado.

Sin embargo, el principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad (que es lo que se solicita en este caso) sino que el objetivo, es mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y pensiones.

De esa manera, la asignación de retiro variará en el mismo porcentaje en que se incrementen los emolumentos del personal en actividad, pero esa variación se aplica respecto de la asignación de retiro ya reconocida.

Así, la variación de la asignación de retiro se efectúa conforme a la variación o incremento porcentual efectuado al personal activo de la fuerza pública, en cada caso, mediante los decretos anuales que expide el Gobierno Nacional.

Sobre el particular, el Consejo de Estado se pronunció de manera reciente en sentencia del 08 de octubre de 2020¹³ al indicar:

“(...) El principio de oscilación es una figura jurídica en virtud de la cual las asignaciones de retiro y las pensiones del personal de la Fuerza Pública mantienen su poder adquisitivo al ser reajustadas o incrementadas teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se efectúen a las asignaciones en actividad. Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“(...) Por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales (...)”

Recientemente, el Consejo de Estado indicó que: “(...) la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación. La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes (...)”.

En este orden, se advierte que la oscilación ha sido regulada en distintos estatutos normativos, así pues, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las fuerzas Militares”, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00704-01(1585-13). Consejero ponente: César Palomino Cortés.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el Artículo 158 de este Decreto”.

Posteriormente, la figura de la oscilación fue regulada en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos:

*“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, **se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.** En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Al respecto, nuestro órgano de cierre precisó: *“Es importante señalar, que dicho estatuto hace alusión al incremento o actualización de dichas prestaciones y no a que se efectúe una nueva liquidación bajo su amparo; es decir, una cosa es la forma como deben liquidarse dichas prestaciones a la luz del citado decreto (teniendo en cuenta el tiempo de servicio y las partidas computables en ella establecidos) y otra distinta, la forma como deben reajustarse o incrementarse las mismas (en los porcentajes de variación de la asignación en actividad y sus componentes o factores de salario), para que conserven su poder adquisitivo e igualdad frente al personal en actividad, lo que significa que el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consiste en que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, se hagan también en las asignaciones y pensiones ya reconocidas, mas no genera la obligación de liquidar la asignación de retiro con emolumentos ajenos a los previstos por el legislador para ello (...)”¹⁴*

De lo anterior se desprende que, el principio de oscilación constituye una figura jurídica a través de la cual las asignaciones de retiro y las pensiones del personal de la Fuerza Pública mantienen su poder adquisitivo al ser reajustadas o incrementadas teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se efectúen a al salario básico del personal en actividad del respectivo grado y no aplicando los incrementos que se decreten sobre la prima de actividad para el personal en actividad, como lo pretende la parte actora, pues, cualquier incremento en los porcentajes de las partidas que integran la asignación de retiro, sólo procederá, cuando la Ley así lo disponga expresamente.

4.3. HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

4.3.1. De acuerdo con la hoja de servicios No. 712 EJC-74 expedida el 09 de diciembre de 1974¹⁵, el Sargento viceprimero RUSSI CASTELLANOS JOSÉ LEOVIGILDO, identificado con C.C. No. 4398879 de Calarcá, acumuló un total de 17 años, un mes y un día de servicio.

4.3.2. Mediante Resolución 0732 de 26 de mayo de 1975, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹⁶ ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D), efectiva a partir del 22 de enero de 1973, en cuantía equivalente al 58% en base al sueldo básico, y las prestaciones de prima de antigüedad, prima de navidad, subsidio de familia y la prima de

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Folios 27 y 28 del Archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

¹⁶ Visto en los folios 14 al 15 del archivo “001ExpedienteAdministrativo” ubicado en la carpeta “002CuadernoPruebasOficio” del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

actividad en un 17%, acreditando un tiempo de servicio de 17 años, 1 mes y 2 días, la cual fue ratificada y aprobada por la Resolución 4639 de 25 de junio de 1975¹⁷.

4.3.3. Derecho de petición con radicado No. 24472951, presentado por la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI**, actuando como beneficiaria de la asignación de retiro del señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D), mediante el cual le solicita a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, el reajuste de la prima de actividad del 33% desde el 01 de enero de 2005 y del 49.5 desde 1 de julio de 2007¹⁸.

4.3.4. Acto administrativo N° 0081569 de 12 de diciembre de 2016¹⁹, por medio del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, resuelve la petición de la accionante indicándole que el señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D), por acreditar más de 15 años de servicios y menos de 20 años de servicios, tiene derecho a una prima de actividad del 20% conforme al Decreto ley 1211 de 1990 y que mediante Decreto 2863 de 27 de julio de 2007, el gobierno nacional ordenó que esta asignación debía aumentar en un 50% a lo que venía devengando el beneficiarios de esta, aplicando la retroactividad a partir del 1 de julio de 2007, por lo cual la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI**, tenía derecho a un 30% de la prima de actividad, la cual se le está aplicando y pagando en la sustitución pensional, desde la entrada de vigencia del decreto en mención.

4.3.5. Certificado No. 613 de 13 de diciembre de 2016²⁰, expedido por la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, mediante el cual indica que la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI** es beneficiaria de la asignación de retiro del señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D), y que de conformidad con el Decreto No. 2863 de 27 de julio de 2007, su porcentaje de prima de actividad se incrementó del 20% al 30%, desde el mes de agosto de 2007, con retroactividad al 1 de julio de 2007.

4.4. DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Recuerda el Despacho que, la demandante considera que su asignación de retiro debe ser reajustada, incrementando para el efecto la partida denominada prima de actividad, a partir del 01 de enero de 2005 al 33% y a partir del 01 de julio de 2007 del 33% al 49.5%, en virtud de lo preceptuado en los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007, respectivamente.

Así entonces, pasa el Despacho a analizar si le asiste razón o no a la demandante en sus pretensiones.

De los elementos probatorios obrantes en el cartulario se extrae que, de acuerdo con el total de tiempo militar liquidado en la hoja de servicios, la Entidad demandada reconoció la asignación de retiro al Sargento Primero **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D), a través de la Resolución 0732 de 26 de mayo de 1975 (v.nu.4.3.2), ratificada y aprobada por la Resolución 4639 de 25 de junio de 1975, efectiva a partir del del 22 de enero de 1973, incluyendo en el ingreso base de liquidación, la partida denominada prima de actividad en un porcentaje del 15%, y que, posterior a su fallecimiento, quedó como beneficiaria su esposa, la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI**, a quien se le reajustó la prima de actividad a un 20% y, posteriormente, a la entrada de la vigencia del Decreto 2863 de 27 de julio de 2007, se le reajustó a un 30% (v.num.4.3.4 y 4.3.5).

¹⁷ Visto en los folios 16 al 17 del archivo "001ExpedienteAdministrativo" ubicado en la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.

¹⁸ Visto en los folios 25 al 26 del archivo "001CuadernoPrincipal" ubicado en la carpeta con el mismo nombre del expediente digital.

¹⁹ Visto en los folios 23 al 24 del archivo "001CuadernoPrincipal" ubicado en la carpeta con el mismo nombre del expediente digital.

²⁰ Visto en el folio 32 del archivo "001CuadernoPrincipal" ubicado en la carpeta con el mismo nombre del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Al respecto, lo primero que hay que indicar es que, al momento de retiro del servicio activo del causante, se encontraba vigente el Decreto 2337 de 1971, el cual fue aplicado en su integridad al momento de liquidar su asignación, pues conforme a lo preceptuado en su artículo 116, el porcentaje aplicable por concepto de la partida prima de actividad era el 15%, como efectivamente se incluyó en la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro (v.num.4.3.2); así mismo que, con posterioridad, la partida en mención fue reajustada al 20% en virtud de lo preceptuado en el Decreto 1211 de 1990 (más de 15 años de servicio pero menos de 20), pues así se indica en la demanda y se corrobora en la respuesta al derecho de petición incoado por la demandante -acto acusado-, desconociéndose la causa, pues la norma no prevé su aplicación retroactiva, y tampoco se sabe a partir de cuándo, en razón a que no obra en el proceso copia del acto administrativo de reconocimiento. No obstante, dicha determinación permanecerá incólume, dado que este acto no fue objeto de demanda, ni la determinación, materia de censura.

Ahora bien, pretende la demandante se reajuste la partida denominada prima de actividad a un 33% a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 por favorabilidad y, en virtud del principio de oscilación, frente a lo cual considera esta administradora de justicia no le asiste razón, en atención a que, como ya se indicó, por lo general rige el principio de aplicación inmediata de la Ley a partir de su vigencia y hacia el futuro, motivo por el cual, los derechos nacidos y consolidados bajo la vigencia de una Ley anterior, no pueden ser modificados por una Ley posterior aun cuando se considere que ésta es más favorable y, sólo hay lugar a acudir al principio de favorabilidad, cuando haya duda sobre la normatividad aplicable, que no es el caso, pues lo que aquí tiene lugar es una sucesión normativa, donde hay una norma anterior que perdió vigencia, pero que rigió y continúa haciéndolo para los actos y situaciones jurídicas consolidadas durante su vigor, y una norma nueva que deroga a esta última y entra a regular los derechos que se consoliden durante su vigencia, en forma diferente a como lo hacía la anterior, y para el despacho es claro que la que se debió aplicar era la vigente al momento del retiro del servicio; aunado a esto, porque con el principio de oscilación, lo que se pretende es que la prestación – asignación de retiro – no pierda su poder adquisitivo, sin que haya lugar a su reliquidación con inclusión de partidas o porcentajes no previstos al momento de su reconocimiento. Lo anterior, salvo que la norma posterior, específicamente establezca su aplicación retroactiva, que es precisamente lo que sucedió con el Decreto 2863 de 2007, en donde además de prever su aplicación retroactiva, anunció que lo hacía en virtud del principio de oscilación.

A su vez, solicita la actora el incremento de la partida en comento al 49.5% con ocasión de lo preceptuado en el Decreto 2863 de 2007, frente a lo cual, si bien no comparte esta administradora de justicia el porcentaje al que arribó, si lo hace respecto del derecho a su aplicación. En cuanto al porcentaje solicitado, véase como, para obtener el mismo, tendría que tener reconocida la partida en un 33% para que, al momento de incrementarla en un 50%, se alcanzara el monto solicitado; sin embargo, como para esta dependencia judicial no hay lugar a este primer incremento, se ha de tomar el reconocido “por favorabilidad” por parte de la entidad, en virtud del Decreto 1211 de 1990 esto es, el 20%, que acrecentado en un 50% como lo prevé el Decreto 2863 de 2007, arroja un resultado de un 30%, que es el que efectivamente le viene aplicando la entidad, a partir del 01 de julio de 2007, tal como se aprecia en el acto administrativo cuya nulidad se deprecia (v.num.4.3.4), y en la certificación No. 613 del 13 de diciembre de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (v.num.4.3.5), dando así cabal cumplimiento a la disposición en comento.

De cara a tal estado de las cosas, concluye el Despacho que la asignación de retiro reconocida al señor **JOSÉ LEOVIGILDO RUSSI CASTELLANO** (Q.E.P.D) y de la que en la actualidad es beneficiaria la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI**, se ajusta a los términos y porcentajes establecidos en la Ley, atendiendo a la fecha en que el mismo alcanzó el derecho a dicha prestación y al incremento que con posterioridad pero que con retroactividad se estableció, salvo el que se indicó pero que no fue objeto de demanda, por lo que esta Administradora de Justicia considera que en el sub lite no existe fundamento

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2022-00044-00
Demandante: GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

legal, ni constitucional para decretar la nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que las razones jurídicas expuestas en la demanda como irregularidades que ameritaban su nulidad no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, lo que conlleva a declarar probada la excepción denominada “ **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**” propuesta por la entidad demandada, y a negar las pretensiones de la demanda.

4.5. DE LA CONDENA EN COSTAS:

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandante, la señora **GRACIELA TAMAYO VIUDA DE RUSSI** resultado como parte vencida, sería del caso aplicar este criterio; sin embargo, teniendo en cuenta que esta actuó de buena fe, en el entendido que consideraba tener un mejor derecho frente al ya reconocido, este despacho Judicial se abstendrá de imponer costas a la parte demandante.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada “**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**” propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas con antelación.

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

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas, conforme a lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: ORDENAR se efectúe la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

QUINTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación. Sin embargo, se aclara que los términos para interponer recursos contra esta providencia comenzarán a contar una vez se produzca el levantamiento de la suspensión ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA23-12089 del 13 de septiembre de 2023.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ