



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No- 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Erwin Rodríguez García y otros**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

Expediente: 15001 3333 012 **2016 00127 01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el **15 de agosto de 2019**, por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, **que negó** las pretensiones de la demanda presentada por **Erwin Rodríguez García y otros** contra **CREMIL**.

I. ANTECEDENTES

Demanda (fls. 192-206 y 212-225 c.1)¹

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Edgar José Rodríguez García quien actúa en nombre propio y como apoderado judicial de Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García, solicitaron declarar:

- La nulidad parcial de la **Resolución 5777 del 17 de julio de 2015**, por la cual se extinguió la sustitución de la asignación de retiro del Señor Coronel ® del Ejército Nacional Elberto Rodríguez Pinzón suscrita por el Subdirector Administrativo encargado de las funciones de la Dirección General de CREMIL.
- La nulidad parcial de la **Resolución 7111 del 26 de agosto de 2015**, por la cual se declara una deuda a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por concepto de los dineros pagados por transferencia ACH, con posterioridad a la fecha del fallecimiento de la señora Graciela García de

¹ La demanda fue inadmitida por auto de 10 de noviembre de 2016 (fls. 209 y vto. c.1), los demandantes presentaron escrito de subsanación (fls. 212-225 c.1) oportunidad en la cual modificaron hechos y pretensiones de la demanda, atendiendo los reparos advertidos en el auto inadmisorio frente al escrito inicial.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Rodríguez dentro de la sustitución de asignación de retiro del señor coronel ® del Ejército Elberto Rodríguez Pinzón suscrita por el Director General de CREMIL.

- La nulidad parcial de la **Resolución 7571 de 9 de septiembre de 2015**, por la cual se rechaza por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 5777 del 17 de Julio de 2015 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la cual se extingue la sustitución de la asignación de retiro al señor coronel ® del Ejército Elberto Rodríguez Pinzón, suscrita por el Director General de CREMIL.
- La nulidad parcial de la **Resolución 2935 de 22 de abril de 2016**, por la cual se revocó la Resolución No. 7571 del 9 de septiembre de 2015 y se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 5777 de 17 de julio de 2015, suscrita por el Director General de CREMIL.
- La nulidad del **acto ficto o presunto negativo** configurado por el silencio de la demandada frente a lo solicitado en el numeral 2 del recurso de reposición interpuesto el 31 de agosto de 2015 respecto del reconocimiento y pago a la mesada adicional de sustitución pensional (de mitad de año), es decir, por 141 días proporcional a 4 meses y 21 días.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que:

- Reconocer y pagar proporcionalmente a los demandantes en calidad de herederos de Graciela García de Rodríguez de la mesada adicional de sustitución pensional de mitad de año – mesada 14 por el periodo de 4 meses y 21 días hasta su fallecimiento 21 de mayo de 2015.
- Reconocer intereses legales y moratorios a que haya lugar desde la fecha de fallecimiento de la señora Graciela García de Rodríguez hasta cuando se haga efectivo el pago proporcional de la mesada 14 (de mitad de año).
- Que se dé aplicación a los artículos 187, 192 incisos 2º y 3º y artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Se remita copia autentica de la sentencia con constancia de ejecutoria a la demandada y al Ministerio Público para que se realice el pago de conformidad con lo previsto en los artículos 192 a 195 del CPACA.

Como hechos relevantes de la demandan se sintetizan los siguientes:

- Mediante Acuerdo No. 10 de 1965, fue reconocida asignación de retiro al coronel del Ejército Elberto Rodríguez Pinzón, prestación que fue sustituida

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

a la señora Graciela García de Rodríguez mediante Resolución No. 0134 de 16 de febrero de 1987, quien falleció el 21 de mayo de 2015.

- Mediante **Resolución No. 5777 de 17 de junio de 2015** fue dispuesta la extinción del derecho de sustitución de asignación de retiro del cual era titular Graciela García de Rodríguez, y se ordenó una devolución de sumas no cobradas por la pensionada, contra esta determinación los demandantes interpusieron recurso de reposición el 31 de agosto de 2015, en el cual, entre otros aspectos, se solicitó la cancelación de la mesada 14 o de junio de manera proporcional a la sobrevivencia de la señora García de Rodríguez.
- Fue expedida la **Resolución No. 7111 de 25 de agosto de 2015**, en la cual se declaró una deuda a favor de CREMIL por concepto de dineros cancelados con posterioridad al fallecimiento de la señora Graciela García de Rodríguez.
- Por medio de **Resolución No. 7571 de 6 de septiembre de 2015** fue rechazado el recurso de reposición formulado contra la Resolución No. 5777 de 2015, al considerar que había sido propuesto extemporáneamente.
- El 10 de septiembre de 2015, fue allegado a CREMIL comprobante de la devolución de la suma que trata la Resolución No. 7111 de 25 de agosto de 2015, y solicitado paz y salvo respectivo.
- El **10 de septiembre de 2015** fue interpuesto recurso de reposición contra la Resolución 7111 de 25 de agosto de ese mismo año, oportunidad en la cual se reiteró la solicitud del pago proporcional de la mesada 14.
- Por medio de **Resolución No. 2935 de 22 de abril de 2016** fue revocada la Resolución No. 7571 de 6 de septiembre de 2015 y se procedió a resolver el recurso de reposición formulado presentado contra la Resolución No. 5777 de 1 de Julio de 2015, reconociendo y pagando el retroactivo del incremento de la sustitución de la asignación de retiro para el año 2015, sin embargo, guardó silencio en relación con la mesada 14.
- Que ante el silencio sobre el reconocimiento del pago proporcional de la mesada 14, se configuró un acto ficto o presunto negativo, por medio del cual se entiende denegado el reconocimiento del pago proporcional de la mesada 14 por 144 días causados a la fecha del fallecimiento de la titular de la sustitución de la asignación de retiro.

Como normas violadas señaló los artículos 3, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 238 de 1995, artículo 142 de la Ley 100 de 1993, artículos 83, 164, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 134-141 vto.)

*El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja por medio de sentencia de **15 de agosto de 2019**. Negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.*

En primer lugar, estableció la existencia de un acto ficto o presunto, en tanto, operó silencio administrativo negativo frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la mesada 14 proporcional del año 2015, reclamada por los herederos de la señora Graciela García de Rodríguez quien era beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro del coronel ® Elberto Rodríguez Pinzón.

Luego de hacer un recuento del régimen que rigió el reconocimiento de la asignación de retiro del oficial mencionado, señaló que, en principio, la prestación reconocida estaba excluida del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, pues las Fuerzas Armadas fueron expresamente exceptuadas de ese marco legal, sin embargo, con posterioridad, se extendió la aplicación de esa norma en los aspectos favorables, tal como se consignó en la Ley 238 de 1995.

Que la mesada 14 es una prestación creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 para determinado segmento de los pensionados extendida luego a todos por vía jurisprudencial; que la Ley 238 de 1995 adicionó el parágrafo 4º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, la mesada se reconoce a los militares y personal de policía, salvo que en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005 hubieran causado la pensión luego del 25 de julio de 2005.

Al descender al caso concreto, luego de hacer un recuento del trámite surtido precisó que la entidad guardó silencio sobre la solicitud de reconocimiento proporcional de la mesada 14 proporcional por 4 meses y 21 días, reconocida a la sustituta de la asignación de retiro del coronel ® Elberto Rodríguez Pinzón, desde 1995 a 2014, como se demostró en los comprobantes obrantes a folios 135-177 y 319 c.1.

Dijo que la ley no previó reconocimiento proporcional de la mesada 14 cuando el titular fallezca antes del 31 de julio del respectivo año y en tales condiciones no puede ordenarse su pago.

En consecuencia, declaró probadas las excepciones formuladas por CREMIL denominadas “no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Retiro de las Fuerzas Militares” y “Configuración de causa de nulidad” y negó las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la actora en aplicación del criterio objetivo, las agencias en derecho que fueron fijadas en el 1% de las pretensiones (fl. 361 c.1).

III. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 148-154)

Inconforme con la decisión, los demandantes formularon recurso de apelación contra la sentencia de **15 de agosto de 2019**, el cual contiene los cargos que se sintetizan a continuación:

- ✓ La sentencia no tuvo en cuenta que la mesada 14 se extendió a las Fuerzas Militares por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 238 de 1995, como lo conceptuó el 4 de agosto de 1994 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (citado in extenso fls. 368-370 c.2).
- ✓ La mesada 14, debió ser asimilada a una prestación laboral, en aplicación de principios constitucionales de igualdad y primacía de la realidad, pues se trataba de un derecho adquirido que ostentaba la beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro. El Juzgado no aplicó la analogía para suplir el vacío normativo respecto del pago proporcional.
- ✓ En cuanto a las costas, sostuvo que el Juzgado se limitó a señalar que la parte fue vencida en el juicio, pero no recabó sobre la causación de las mismas en primera instancia, y tampoco analizó la conducta de las partes como lo señala el artículo 188 del CPACA que lleva implícito ese análisis previo a la condena en costas.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación por auto de **29 de octubre de 2019** (fls. 376 y vto. c.2), una vez ejecutoriado, se dispuso prescindir de audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar de conclusión, las partes intervinieron de la siguiente manera:

- **Demandante** (fl. 383 c.2)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

- La entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público no presentó concepto.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el **15 de agosto de 2019** por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Edgar José Rodríguez García quien actúa en nombre propio y como apoderado judicial de Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García.

Los reparos que refiere el recurso de apelación se concretan de la siguiente manera: (i) La mesada 14 se aplica por virtud del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones en el entorno de principios constitucionales como la primacía de la realidad; (ii) Debe acudirse a la aplicación de la analogía para llenar el vacío normativo frente al reconocimiento proporcional de la mesada 14, y (iii) Hubo una indebida tasación de las costas al aplicarse el criterio objetivo.

Para desatar esos cuestionamientos, la Sala abordará en primer lugar, los aspectos relacionados con la consagración de la mesada 14 y su extensión a las fuerzas militares, luego hará relación a los conceptos de las prestaciones laborales y las ligadas al derecho a la seguridad social, finalmente hará alusión a los principios y criterios que regulan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y económicas, y sí resulta aplicable la analogía para acceder al pago proporcional de la mesada 14.

5.1. De la creación de la mesada 14 y su extensión a las Fuerzas Militares.

La mesada 14 o mesada adicional de junio, surge de la consagración de ese beneficio en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que, en su texto original, previó:

*“Artículo 142. Mesada Adicional para actuales pensionados. pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

En sentencia C-409 de 1994, la Corte Constitucional, hizo alusión a los antecedentes de la consagración de esa mesada, en los siguientes términos:

“Los antecedentes del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Conviene precisar para los efectos del examen de los cargos planteados, los antecedentes legislativos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones".

** En la Ponencia para Primer Debate en el Senado de la República, se lee:*

"El Congreso a través de los grupos de ponentes de las Comisiones Séptimas, ha adelantado un fructífero debate, de cara al país, con la intervención de todos los estamentos colombianos que han querido opinar sobre la materia. Le ha introducido profundas reformas al proyecto original y le ha sumado valiosos aportes" (Gaceta del Congreso, año II, No. 130, Página 1).

Con base en lo anterior, fue formulada la siguiente proposición:

"II. Jubilados y pensionados actuales. *Con respecto al universo de los actuales jubilados y pensionados se han presentado las siguientes proposiciones: Que a todos aquellos cuyas pensiones (sic) reconocidas con anterioridad a la aplicación de la Ley 71 de 1988, se les reconozca una prima de medio año como mecanismo de compensación de la pérdida de la capacidad adquisitiva de sus pensiones, originada en las normas anteriores que consagraban formas de reajuste pensional inferiores al incremento del salario mínimo y a la variación del costo de vida; ..." (Gaceta del Congreso, año II, No. 130, página 6).*

En tal virtud, en el Pliego de Modificaciones al proyecto de ley No. 155, "por el cual se crea el Sistema Integral de Seguridad Social", en su artículo 152 se dispuso:

"Mesada adicional para antiguos pensionados. *Los pensionados por jubilación, vejez o invalidez, del sector público oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales, del sector privado, cuyas pensiones se hubiesen reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 15 días de la pensión que le corresponda*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994."

"Los pensionados del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de la quincena adicional solo a partir de 1996."

En la Ponencia para Segundo Debate, se propuso aumentar el monto de la mesada adicional a treinta (30) días exclusivamente para pensionados cuyas pensiones se reconocieron con anterioridad al 1° de Enero de 1988.

Así las cosas, el texto definitivo aprobado en Primer Debate por las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes del Congreso de la República en sesiones conjuntas, fue el siguiente:

"Artículo 154. Mesada adicional para antiguos pensionados. "Los pensionados por vejez, jubilación o invalidez, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes del Instituto de Seguros Sociales, del sector privado cuyas pensiones se hubiesen reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994."

"Los pensionados del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirá (sic) el reconocimiento y pago de la quincena adicional sólo a partir de 1996" (Gaceta del Congreso, año II, No. 254, página 26).

En cuanto al reajuste de las mesadas pensionales, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 11 de 1988, afirmó:

"La desvalorización de la moneda es un fenómeno constante y progresivo que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario. Esta situación obedece a la inflación definida.

Con el fin de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, modificaron sustancialmente el sistema de reajustes pensionales contemplado en la ley 4a. de 1976.

De esta manera se incorporó en el régimen de los pensionados, una medida de elemental justicia social, con la cual se busca garantizar que el valor real de las pensiones no se deteriore frente al costo del sustento diario."

(...)

Según se desprende de los antecedentes legislativos correspondientes, la concesión de la mesada adicional "para actuales pensionados cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", obedeció al criterio expuesto, según el cual "ese es el grupo de pensionados que se afectó con la norma del reajuste pensional que estuvo vigente hasta el año 88, que modificó la Ley 71".

(...)"

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Conforme a lo anterior, la creación de la mesada 14 buscaba **compensar una devaluación sufrida en las pensiones**, el beneficio en primer momento como se lee de la consagración legal inicial, estaba dirigido a una porción de los pensionados, aquellos que adquirieron el derecho con antelación al 1º de enero de 1988, pero precisamente en la Sentencia citada C-409 de 1994-, el beneficio se extendió a todos los pensionados, a saber, el Máximo Tribunal de lo Constitucional consideró:

“Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988.

Considera la Corte que la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Pero ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio pensional como lo es la mesada adicional que se consagra en la norma materia de revisión, en favor de un sector de antiguos pensionados, excluyendo a otros que legítimamente han adquirido con posterioridad el mismo derecho pensional por haber cumplido con los requisitos legales correspondientes.

Por ello no existe razón justificada para negar la mesada adicional a estos últimos, postergándoseles su derecho a percibirla, para una fecha posterior a la que se consagra para los pensionados con anterioridad al 1o. de Enero de 1988.

Por otra parte, como se ha expuesto, si el origen del reconocimiento de la mesada adicional es la de que "ese es el grupo de pensionados que se afectó con la norma de reajuste pensional que estuvo vigente hasta el año de 1988, que modificó la Ley 71", fue ese mismo grupo de pensionados quien también a partir del 1o. de Enero de 1988 al derogarse la Ley 4a. de 1976, comenzó a recibir los reajustes ordenados por la Ley 71 de 1988, a partir del 1o. de Enero de 1989, "con el mismo porcentaje en que se ha incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual" con lo cual quedó corregida la situación desfavorable establecida en la Ley 4a. de 1976 que traía consigo unos reajustes pensionales inferiores al incremento del salario mínimo legal mensual que se ordenaban con anterioridad a 1988.

Y más aún, cuando en virtud del Decreto 2108 de 1992 emanado del Gobierno Nacional se reajustaron igualmente a partir del 1o. de Enero de 1.993, 1994 y 1995, las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional,

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

reconocidas con anterioridad al 1o. de Enero de 1989, que presentaban diferencias con los aumentos de salarios, sin que por otro lado estos reajustes sean incompatibles con los incrementos decretados en desarrollo de la Ley 71 de 1988, los cuales se otorgaron precisamente en razón de haber sido el grupo de pensionados afectados con la norma pensional (Ley 4a. de 1976) que sobre esta materia estuvo vigente hasta el año de 1988.

Corregida esa situación en materia de reajustes, en virtud de las nuevas disposiciones, no hay duda de que en vigencia de la Ley 71 de 1988, los pensionados antiguos quedaron sometidos a un mismo tratamiento en virtud de esta, según la cual, en adelante las pensiones de que trata la misma, serán reajustadas de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual.

Distinta es la situación de los reajustes pensionales de lo que tiene que ver con el beneficio de la mesada adicional, con respecto a la cual, a juicio de la Corporación, no debe existir discriminación alguna, en aplicación del principio de igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política, que consagra la misma protección de las personas ante la ley, dentro de un marco jurídico que garantiza un orden político, económico y social justo, a que se refiere el Preámbulo de la Carta, razón por la cual se declarará la inexecutable de los fragmentos acusados de los incisos primero y segundo del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.” -Negrilla fuera del texto-

Conforme a lo anterior, la norma quedó en el siguiente tenor:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~euyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988,~~ tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.
~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~
PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Es decir, el beneficio que buscaba **compensar la devaluación anual de las pensiones**, fue extendido a todos los pensionados sin importar la fecha en que se adquirió el derecho a la pensión, dejando sin valor la consagración inicial que preveía el reconocimiento para los pensionados que adquirieron el derecho con antelación al 1º de enero de 1988.

La creación de la mesada 14, presentó otro interrogante al contrarrestar ese reconocimiento con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, que

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

señalaba que se exceptuaba de la aplicación de esa norma las personas vinculadas a los regímenes especiales, a saber, ese precepto en lo que interesa a este proceso, establece:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...)” -Negrilla fuera del texto-

Sin embargo, la dicotomía que se presentaba entre esta norma y lo previsto en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, fue superado con la Ley 238 de 1995, que extendió la mesada a quienes pertenecían a los denominados regímenes exceptuados, a saber, sobre el particular esa norma señaló:

“Artículo 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

Sobre la extensión de la mesada 14 en esos términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 22 de noviembre de 2007, Consejero Ponente Doctor Enrique José Arboleda Perdomo, bajo el radicado 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), oportunidad en la que dicho cuerpo consultivo sostuvo:

“La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94² que declaró inexecutable las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988”, del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

² Corte Constitucional, sentencia C- 409-94 (15 de septiembre), “Materia: Mesada adicional para pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988.” M.P. Hernando Herrera Vergara. Ref. Procesos D-532, D-543 y D-546 (acumulados).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995³, y que fue propuesta y aprobada como una “adición” de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

*Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se **permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.***

*Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir **una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.**"*

En efecto, para el caso de las Fuerzas Militares que parecían incluidas en el reconocimiento y pago de la mesada 14 desde su consagración inicial en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado zanján toda duda, en efecto en sentencia de 26 de abril de 2012 dentro del radicado 25000-23-25-000-2008-00507-01(1038-11), Consejero Ponente Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sobre este tópico se consideró:

“Sin embargo, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

Parágrafo 4°. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

*De conformidad con lo expuesto, **a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados (o aquellos que hayan obtenido asignación de retiro)***

³ Ley 238 de 1995 (diciembre 26) “Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”. Diario Oficial No. 42.162 de diciembre 26/95. Cfr. Exposición de motivos e Informe de la Comisión Conciliadora. Gacetas del Congreso – Senado y Cámara – No. 62, martes 25 de abril de 1995; y miércoles 29 de noviembre de 1995. Proyecto No. 171/95 Cámara, 234/95 Senado.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al reajuste de sus pensiones (o asignaciones de retiro) de conformidad con la variación porcentual del I.P.C. certificado por el DANE, como lo dispuso el artículo 14⁴ de la precitada ley y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.
-Destaca la Sala-

Entonces, conforme se planteó en el recurso de apelación (fls. 367-370 c.2), para esta Sala no cabe duda que la mesada 14, fue extendida a otros regímenes aún exceptuados, entre ellos, el de las Fuerzas Militares, pero no puede decirse es que la juez a quo, desconociera esa situación como lo afirma el recurrente⁵, pues vista la sentencia impugnada, en la misma se realizó un análisis sobre la aplicación de esa mesada a los miembros de las fuerzas militares, arribando a idéntica conclusión.

De hecho en la sentencia de **15 de agosto de 2019** al momento de descender al caso concreto, se verificó que el caso de Graciela García de Rodríguez, recibió el pago de la mesada 14 desde junio de 1994 hasta junio de 2014, conforme a los **comprobantes obrantes a folios 135 a 177 y 319 c.1, es decir, la mesada 14 hizo parte de los derechos pensionales a que, en vida, tuvo derecho la beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro de un miembro de las fuerzas militares, en esa medida, no cabe razón al recurrente al criticar la sentencia apelada para señalar que el a-quo desconoció que esa mesada fue incluida en el régimen especial, todo lo contrario se evidencia pues la conclusión fue que ese derecho se reconoció a la beneficiaria en sustitución hasta el mes de junio de 2014.**

Ahora cosa distinta, es que no se hubiera arribado a la conclusión deseada por la parte actora, que pretendió asimilar la mesada 14 a una prestación laboral y por ende a la procedencia del pago proporcional que pretende, respecto de 4 meses y 21 días, de acuerdo a los planteamientos de la demanda, situación que pasará a analizarse.

⁴ “LEY 100 DE 1993.(...) ARTÍCULO 14.-Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o de sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio el primero de enero de cada año según la variación porcentual del Índice de Precios al consumidor, certificado por el DANE....”.

⁵ “(...) situación que fue desconocida por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja en la Sentencia objeto del presente recurso, so pretexto de **no poder asimilarse a una prestación social de carácter laboral**, desconociendo de facto el derecho pensional de la cual -sic- hacía parte la mesada catorce (extremo pensión análogo a los extremos laborales de acuerdo al Principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades), devengada por nuestra madre en forma continua e ininterrumpida, plenamente reconocido en la Constitución y en la Ley, argumentos que fueron plenamente expuestos en los alegatos de conclusión en primera instancia por parte del demandante, sin que los mismos fueran tenidos en cuenta por el fallador de Primera Instancia, lo cual es violatorio del Debido Proceso y el acceso a la administración de justicia. (fl. 370 c.2).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

5.2. De la pensión de vejez y la de sobrevivientes

Sobre la definición de la prestación económica de pensión, en Sentencia T-398 de 2013, al respecto la Alta Corte consideró:

*“La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, **ahorro forzoso** en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su **finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.**”*

Sobre la definición de la pensión de vejez, la sentencia C-107 de 2002⁶ expresó:

*“En la actualidad la pensión de vejez se define como **“un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”**”*

*El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, **la cual garantiza unas condiciones mínimas de subsistencia**. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a **un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral.***

En cuanto a la finalidad inmediata de la pensión de vejez⁷, la citada Sentencia indicó:

*“ En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto **“garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”**”*

*Por tanto, el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. **Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.***

*Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, **dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez.**” -Subraya y negrilla fuera del texto-*

⁶ M.P Clara Inés Vargas Hernández

⁷ Sentencia C-107 de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

En relación con la pensión de sobrevivientes en la Sentencia SU-005 de 2018, la Corte Constitucional, sobre su naturaleza y alcance señala

“(…)

137. **La prestación económica denominada “pensión de sobrevivientes” tiene por objeto garantizar una renta periódica a los miembros del grupo familiar de quien dependían económicamente, como consecuencia de su muerte y de haber realizado, en vida, cotizaciones al sistema de seguridad social. Su finalidad es no dejar en una situación de desprotección o de abandono a los beneficiarios del afiliado o pensionado que fallece...**”

Ahora, en el concepto marco 02 de 2014 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la definición de prestaciones económicas, frente a los pagos proporcionales de las prestaciones a cargo del empleador⁸, se destaca su consagración en normas específicas, lo que en principio podría llevar a concluir que para el pago en esas condiciones se requiere de su consagración legal⁹.

⁸ En el concepto marco 02 de 2014 *¿Cuáles son las prestaciones sociales a cargo del empleador?* Las prestaciones sociales a cargo del empleador son: 1. Vacaciones 2. Prima de vacaciones 3. Bonificación especial de recreación 4. Prima de navidad 5. Auxilio de cesantías 6. Intereses a las cesantías (en el régimen con liquidación anual, administradas por un Fondo Privado) 7. Calzado y vestido de labor 8. Bonificación de dirección para Gobernadores y alcaldes. 9. Bonificación de dirección para altos funcionarios del Estado.

⁹ En cuanto a las vacaciones: “5. *¿Cómo opera el pago proporcional de las Vacaciones?* La Ley 995 de 2005 y el Decreto 404 de 2006, incorporan al sistema laboral administrativo el pago proporcional de las vacaciones, al señalar: “Ley 995 de 2005: Artículo 1°. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado”. “Decreto 404 de 2006: Artículo 1°. Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”. En ese orden de ideas, al darse el retiro de un servidor público de una entidad, independientemente de que se vaya a vincular con otra entidad estatal, se le deben pagar proporcionalmente al tiempo laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación, si hay lugar a ello, y a partir de ese momento, empieza a contar nuevamente el tiempo dentro de la nueva relación laboral, para generar su derecho a estas prestaciones sociales.”

Frente a la dotación: “8. *¿Resulta procedente el reconocimiento de la dotación antes de las fechas previstas?* Se considera que no es viable que una Entidad realice el suministro de dotación y vestido de labor a sus empleados en otras fechas diferentes al 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año, por cuanto el Decreto 1978 de 1989 obligó a los empleadores a entregar dicha dotación en esas fechas específicas y no otras. En consecuencia, la Entidad deberá aguardar al día y mes establecido por la norma para el cumplimiento de su obligación de suministro de dotación a los empleados que tengan derecho a su reconocimiento.”

Sobre la prima de navidad: “Acerca del pago proporcional de la prima de navidad, resulta necesario tener presente la previsión establecida por el Gobierno Nacional en el decreto salarial anual para este año Decreto 199 de 2014, artículo 17, el cual establece: “**ARTÍCULO 17°. PRIMA DE NAVIDAD.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. (...) Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.”

De conformidad con los términos de la disposición citada, la prima de navidad cuando no se ha servido durante todo el año civil se debe pagar en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado. Es

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Este análisis introduce en el segundo punto de apelación, referente a la analogía como medio forma interpretativa que conduzca al pago proporcional de la mesada 14, como otrora lo precisó la Corte Constitucional -Sentencia C-042 de 2003, análisis que procederá la Sala a efectuar, atendiendo los criterios que orientan estos asuntos introducidos en el recurso y que atacan de manera directa la interpretación utilizada por el a quo para denegar las pretensiones de la demanda.

5.3. Armonización concreta – Ponderación de derechos y principios constitucionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha referido que cuando choquen o entren en colisión principios y derechos constitucionales, corresponde al funcionario judicial

decir, que para el mes de servicios que no se alcanzó a laborar el mes completo es viable el pago proporcional de los días laborados en el mes.

De acuerdo con los términos de la norma, se entiende modificado el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, que contemplaba el pago de una doceava por cada mes completo de servicios.” En cuanto al pago proporcional de la prima de Dirección, Gobernadores y Alcaldes, en el concepto en cita se lee: “2. ¿Es procedente reconocer y pagar la bonificación de dirección a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial? Le corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales, con base en las cuales, el Gobierno Nacional fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional y territorial, para lo cual expidió la Lev 4 de 1992. En el ejercicio de dicha competencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4353 de 2004 mediante el cual creó la bonificación de dirección para los Gobernadores y Alcaldes. En este orden de ideas, **no resulta viable el reconocimiento de la Bonificación de Dirección para los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, por cuanto dicha prestación social fue creada exclusivamente para los Gobernadores y Alcaldes.** 3. ¿Procede el pago proporcional de la bonificación de dirección? En caso de que el Gobernador o el Alcalde no laboren el semestre completo, tiene derecho al pago proporcional de esta bonificación de dirección por **cada mes cumplido de labor, dentro del respectivo semestre**⁹.

4. ¿Tiene derecho a devengar el alcalde encargado la Bonificación de Dirección en forma proporcional al tiempo del encargo? El Encargo está considerado como una situación Administrativa en la cual se pueden encontrar los empleados vinculados regularmente a la Administración. Esta situación conlleva el ejercicio temporal de las funciones de un cargo del cual no es titular el empleado, y generalmente se predica de funciones indispensables que no pueden interrumpirse; de modo que, en criterio de esta Dirección jurídica, mientras el empleado ejerce alguno de los empleos señalados en el Decreto 4353 de 2004 adquiere la calidad de gobernador o alcalde encargado y por tanto ejerce todas las funciones señaladas para el empleo con las responsabilidades que ello implica, razón por la cual se considera que tiene derecho a percibir la Bonificación de Dirección señalada para los titulares, siempre que éstos no la estén percibiendo. Por otra parte, en caso de que el empleado encargado no labore los cuatro meses completos dentro del período a reconocer tendrá derecho al reconocimiento de la bonificación de forma proporcional por cada mes cumplido de labor dentro del respectivo período, a este respecto es importante resaltar que los meses se contabilizan según el calendario del día 1 hasta el día 30, razón por la cual, si el empleado labora por ejemplo, del día 15 al 30 no habría lugar al reconocimiento proporcional de la bonificación. Pero si como se desprende lo indicado en la comunicación, el funcionario laboró del 5 de diciembre al 4 de febrero (tiempo de suspensión del titular) el funcionario encargado tendría derecho a percibir la bonificación del mes de enero, único mes completo laborado dentro del período del encargo, en forma proporcional y teniendo en cuenta la clasificación del respectivo municipio.

En cuanto, a la bonificación de Dirección creada mediante Decreto 3150 de 2004, sobre su pago proporcional, en el concepto se lee: “**E. Pago proporcional** Los empleados a que se refiere el Decreto 2699 de 2012, en caso de no haber laborado el semestre completo, tendrán derecho al pago proporcional de esta bonificación por cada mes cumplido de labor, dentro del respectivo semestre.”

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

determinar cuál debe prevalecer. Al respecto, consideró en sentencia C-634 de 2011, lo siguiente:

*“(…) En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir **diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión**; y (ii) **con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) **no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están construidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización**; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren **diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado.** (Negrilla y subraya fuera del texto)¹⁰.***

Conforme a lo anterior, le corresponde al Juez realizar las acciones de armonización como criterios de optimización del derecho que permitan en el caso concreto materializar los intereses de las partes en conflicto, con las normas aplicables al caso bajo la óptica de primacía de los principios y fundamentos constitucionales.

5.4. Principio de favorabilidad en materia pensional – Principio In dubio pro operario (Favorabilidad en sentido amplio) y Principio de la Condición más beneficiosa.

Enseñan los principios constitucionales en el orden laboral que cuando existe una duda interpretativa en la resolución de un caso, que permita contar con dos

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011. MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

alternativas de solución, se ha de preferir la que resulte más favorable a los intereses de la parte más débil de la relación procesal, frente a la restrictiva o desfavorable para ese sujeto procesal. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-128 de 2015, sostuvo:

“(...) La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

En cuanto a la consagración legal del principio de favorabilidad, la precitada sentencia afirmó:

“El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: ‘En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad’; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del ‘in dubio pro operario’, según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.”

Respecto de su aplicación en asuntos pensionales, la misma providencia explicó:

*“En punto a la aplicación del **principio de favorabilidad en materia de régimen pensional**, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)¹¹.*

En la sentencia T-730 de 2014 (M.P. Doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez), sobre el principio in dubio pro operario, precisó:

“Sobre el principio in dubio por operario¹² (favorabilidad en sentido amplio), se dijo en la jurisprudencia ya citada que:

*“[I]mplica que una o varias **disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables***

¹¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia T-128 de 26 de marzo de 2015. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Según lo ha dicho este Tribunal Constitucional, el principio de in dubio pro operario, previsto no sólo en el artículo 53 constitucional sino también en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, impone elegir, en caso de duda, la interpretación que más favorezca al trabajador.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger¹³. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador¹⁴.”

En ese mismo pronunciamiento la Corte se ocupó del análisis del principio de la condición más beneficiosa, al respecto, sostuvo:

“El principio de la condición más beneficiosa

El operador judicial debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en favor del afiliado o beneficiario de la seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento.

Tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra plasmado en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la legislación nacional.

La Corte Constitucional, en la construcción de dicho principio, señaló en la Sentencia C-168 de 1995 lo siguiente:

“De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre,

¹³ “Para una mejor comprensión de esta figura es necesario recordar la habitual distinción entre disposición y norma jurídica empleada por esta Corporación. En esa dirección, la Corte ha precisado que una misma disposición jurídica puede contener diversas normas jurídicas o interpretaciones. La norma jurídica en realidad es el resultado de la disposición jurídica interpretada. Al respecto, es necesario tener en cuenta que las expresiones texto legal, disposición jurídica y enunciado normativo, son sinónimas; y que los términos norma jurídica, contenido normativo e interpretación, lo son igualmente entre sí. Para mayor ilustración conviene traer a cita un fragmento de la sentencia C-987 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), en la que se precisó: “Hay que acudir a la distinción, acogida por la doctrina y frecuentemente empleada por esta Corporación entre disposición y norma pues es claro que con frecuencia el control de constitucionalidad no recae sobre un texto legal (disposición o enunciado normativo) sino sobre su interpretación (norma o contenido normativo), por lo tanto, en principio no siempre que la demanda de constitucionalidad verse sobre la interpretación de una disposición resultaría infundada, sin embargo, la interpretación que se acusa debe ser plausible y además debe desprenderse del enunciado normativo acusado. La falta de estas características se traduce en la ausencia del requisito de certeza en la formulación de los cargo”.

¹⁴ “La Sala de Casación Laboral ha circunscrito esta posibilidad a la duda que surge al interpretar una misma disposición jurídica. Sin embargo, en criterio de la Sala la posibilidad de incertidumbre en el marco interpretativo también se presenta ante la presencia de una pluralidad de disposiciones jurídicas, pues no en pocos casos el intérprete se ve forzado a derivar una norma jurídica a partir de distintos textos legales”.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

(...)

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el principio de la condición más beneficiosa encuentra respaldo en el ordenamiento constitucional y en los Convenios sobre derechos humanos laborales ratificados por Colombia, en particular en el artículo 53 Superior y el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, respectivamente. En ese sentido ha señalado lo siguiente:

*“Como lo ha puesto de presente esta Corporación en otras ocasiones, el legislador tradicionalmente ha protegido la <condición más beneficiosa> aunque la misma no se halle expresa y claramente instituida en una norma o precepto legal, ello mediante la consagración de regímenes razonables de transición que procuran mantener los aspectos favorables de la normatividad social modificada o abolida y **proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas de los trabajadores o afiliados a la seguridad social**; al igual que al establecer categóricamente tanto el constituyente como el legislador, que la nueva ley no puede “**menoscabar** la libertad, la dignidad humana **ni los derechos de los trabajadores**” (resalta la Sala) para el presente caso -afiliados y sus beneficiarios-, conforme se desprende de lo expresado en el **último inciso** del artículo 53 de la Carta Superior y del artículo 272 de la Ley 100 de 1993.||Es por lo dicho, que al interior de esta Sala de Casación se ha venido aceptado la <condición más beneficiosa> como un **principio legal y constitucionalmente aplicable a asuntos de seguridad social**, en especial en materia pensional.*

*Conforme a lo antedicho corresponde al funcionario judicial que tenga bajo su conocimiento la situación particular, aplicar la norma, preceptos o **interpretación** que resuelvan de manera más beneficiosa la situación jurídica de cada caso concreto, observando que en caso que se encuentren en pugna normas o preceptos habrá de preferirse la más favorable, al igual que lo que entre en contradicción sean interpretaciones de un mismo cuerpo normativo habrá de preferirse aquella que sea más beneficiosa, para el caso que ocupa la atención de esta Corporación para el pensionado o la persona que reclama el reconocimiento de esa prestación.*

5.5. De la interpretación exegética a la fuente jurisprudencial:

En efecto, como lo concluyó el despacho a-quo, no existe norma que ordene el pago proporcional de la mesada adicional de junio o mesada 14, de manera que, ante el silencio del legislador, no podría declararse su reconocimiento y pago.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Sin embargo, no ha sido poca la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes que ha considerado que, ante la omisión del legislador en materia del reconocimiento proporcional de una prestación, ha de atenderse a principios del derecho laboral. En efecto:

En la sentencia C-897 de 2003 (M.P. Doctor Alfredo Beltrán Sierra) al desatar el siguiente problema jurídico “(...) **determinar si resulta razonable y proporcionado que se exija el trascurso de determinada fracción de tiempo para que ellos adquieran el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones**, cuando no pueden disfrutar del descanso remunerado por terminación del contrato laboral o el cese en el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta que se trata de un derecho que se adquiere por **el simple transcurso del tiempo laborado**”, sostuvo:

*“Para esta Corporación, la medida usada por el legislador extraordinario en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 121 de la Constitución de 1886, desconoce el orden justo que se proclama desde el Preámbulo de la Constitución de 1991, la especial protección al trabajo, así como la igualdad de oportunidades para los trabajadores y el derecho a que su remuneración sea proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (C.P. art. 53), **pues se trata de un derecho que se causa con el simple transcurso del tiempo laborado** y, por ello no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado. **Lo justo**, en el presente caso, desde el punto de vista constitucional, es que al trabajador que se le termina su contrato de trabajo sin que hubiere disfrutado las vacaciones, éstas le sean compensadas en dinero por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año laborado. Por esa razón, la Corte considera que la expresión “siempre que ésta exceda de seis meses”, carece de justificación constitucional y, por tanto, será retirada del ordenamiento jurídico.*

4.6. El mismo razonamiento acabado de exponer en relación con el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, resultaría aplicable para justificar la inconstitucionalidad de la expresión acusada del artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, si de la lectura de la norma resulta que el servidor público sin haber disfrutado de las vacaciones causadas, acumula las vacaciones, pero cesa en el ejercicio de sus funciones sin haber laborado once meses del año correspondiente al segundo período, pues sólo tendría derecho al pago de quince días de salario por el primer año, pero el otro período de tiempo laborado lo perdería por no alcanzar los once meses aludidos, evento en el cual la norma resulta absolutamente desproporcionada y violatoria de los derechos de los empleados públicos o trabajadores oficiales.

Con todo, a juicio de la Corte, la norma acusada **admite otra interpretación** que se ajusta a los postulados que orientan la Constitución Política. En efecto, el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, se refiere al reconocimiento de las vacaciones **no causadas** en caso de retiro del servicio, y establece que el servidor público que cese en el ejercicio de sus funciones **faltándole treinta días o menos para completar el año de servicio**, tendrá derecho al reconocimiento pleno de sus vacaciones como si hubiere laborado un año completo. Es decir, si el servidor público no alcanza el año de servicios para tener derecho a quince días de vacaciones como lo exige el artículo 8 del

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Decreto 3135 de 1968, la ley le concede un “término de gracia de un mes”¹⁵, para que le sean compensadas en dinero sus vacaciones en forma completa. Quiere ello decir que el empleado que trabaje once meses tiene derecho al pago total de las vacaciones como si hubiera laborado un año completo.

*Así las cosas, el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, no contraría el ordenamiento superior, en el entendido que la fracción de tiempo que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, bajo la otra hipótesis planteada, esto es, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, **el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado. Sólo en esos términos la norma acusada resulta ajustada a la Constitución Política.**” (resaltado fuera de texto)*

En una oportunidad posterior, mediante sentencia C-035 de 2005 (M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil) al estudiar la constitucional de una norma contenida en la Ley 798 de 2003, que imponía que para tener derecho a la compensación de vacaciones se debía haber laborado un año, declaró su inexecutable, bajo el siguiente criterio:

“14. Tal y como se expuso con anterioridad, si bien el legislador puede establecer condiciones y requisitos para acceder a los beneficios mínimos previstos en las normas laborales, no puede por ello imponer trabas u obstáculos que desborden la naturaleza misma de la institución jurídica objeto de regulación.

Esto significa que independientemente que la Constitución Política no señale un término preciso para tener derecho a la compensación proporcional de las vacaciones, si existe a partir de la finalidad misma que subyace en dicha acreencia laboral -consistente en preservar el derecho fundamental al descanso- un plazo idóneo, razonable y proporcional para su reconocimiento.

Para desentrañar el límite máximo que tiene el legislador para proceder a su establecimiento, los Convenios Internacionales de protección al trabajador se convierten en la herramienta apropiada para precisar el contenido abierto e indeterminado que en dicha materia reviste la Constitución Política (C.P. art. 93, inciso 2°)¹⁶. Luego, y en virtud de lo previsto en los artículos 5° y 11° del Convenio 132 de la O.I.T., es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional.

*En este orden de ideas, **al imponer la disposición acusada la obligación previa de haber laborado un año, para acceder al pago proporcional de las vacaciones en dinero a la terminación del contrato de trabajo; es innegable que se encuentra en abierta oposición a los mandatos previstos en la Constitución Política, y en especial, al derecho fundamental al trabajo, el cual propende porque las condiciones que rigen la relación laboral se***

¹⁵ Sent. C-598/97

¹⁶ Determina la citada norma: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

sometan al principio de justicia, es decir, a la salvaguarda de los elementos materiales esenciales que hagan efectiva la dignidad del trabajador.

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “por año cumplido de servicio y” prevista en el artículo 27 de la Ley 789 de 2002, aclarando, en todo caso, que a partir de este fallo, el derecho a las vacaciones compensadas en dinero se obtendrá proporcionalmente por fracción de año, siempre y cuando el legislador no señale un término para su reconocimiento, el cual, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses, conforme a lo expuesto en esta providencia.” (Resaltado fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia de 08 de junio de 2006, Radicado No. 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05) (C.P. Doctor Tarsicio Cáceres Toro), en la que se reconocieron varios factores de manera proporcional que devengaban anualmente, **dado que éstos ya habían sido causados**, al respecto se trae en cita lo considerado frente a la “Bonificación Anual”, así:

*“En este caso, respecto de la **BONIFICACION –anual- señalada** se tiene que se encuentra certificada como devengada en el lapso correspondiente de 1997. No se tuvo en cuenta en la pensión reconocida; en la petición trascendente se reclamó y fue negada por la administración; en la demanda se pidió su inclusión y en la **sentencia se ordenó su cómputo, que es proporcional por su disfrute anual**. Como es compatible para efectos pensionales, se confirmará la sentencia que ordenó su cómputo.” -Subraya y negrilla fuera del texto-*

En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia de 21 de enero de 2016, radicación número: 05001-23-31-000-2005-03979-01(2316-12), (C.P. Doctora Sandra Lizeth Ibarra Vélez), en la cual se señaló frente al pago de vacaciones y prima de vacaciones, lo siguiente:

*“Una vez más, con la expedición de esta disposición, queda claro que **al constituir las vacaciones un derecho que se adquiere por el simple transcurso del tiempo laborado**, no resulta razonable ni proporcional que se **desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado bajo el argumento de que las normas expresamente no prevén dicho pago**, pues, se reitera, de una comprensión ajustada a la Constitución del artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978 ello es evidente.*

Por lo anterior se puede concluir que al demandante le asiste el derecho a recibir en dinero, proporcionalmente, de las vacaciones y de la prima de vacaciones causadas durante el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2003 al 2 de febrero de 2004; y en ese sentido, la Sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmada.” - Subraya y negrilla fuera del texto-

Y en la sentencia se aplicó idéntico criterio, frente al reconocimiento y pago de la prima de navidad, veamos:

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

“La prima de navidad

(...)

*Como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento y pago de la prima de navidad solicitado deberá efectuarse por el tiempo servido desde el 1 de marzo de 1998 hasta el 18 de diciembre de 2000, inclusive, **teniendo en cuenta que deberá hacerlo de manera proporcional cuando no hubiere cumplido el año de servicios completo**¹⁷, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el salario devengado al momento de su causación.*

*Este panorama jurisprudencial, a juicio de esta Sala, resulta aplicable al derecho pensional – salario diferido por ahorro del trabajador – que, con idéntico alcance es sustituido a título de pensión de sobrevivientes. Y, si bien los pronunciamientos en cita, aluden a prestaciones económicas pagadas al trabajador activo, ello no sería sustancial al momento de definir que **como la mesada catorce se va causando por el solo paso del tiempo**, cuando el titular del derecho fallece antes de completar el ordenado por la ley, ello no implica desconocer la proporción del mismo se fue **causando mes a mes**, mucho más cuando, como se explicó, la finalidad de este pago es **compensar una devaluación sufrida en las pensiones** de años atrás.*

*Ahora, podría aducirse que, quienes reclaman el derecho no son los titulares directos de la mesada, sino los herederos, pero esta circunstancia a la luz del eje argumentativo como es la **causación periódica del derecho** no le disminuye en nada a la interpretación acogida, sencillamente, quienes suceden son, en tal condición, los nuevos titulares del derecho, se trata solo de un cambio del “beneficiario” que no del derecho, en sí mismo considerado.*

Interpretación que se encuentra ajustada a planteamientos desarrollados tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, entorno al reconocimiento proporcional de prestaciones sociales que resulta asimilables en el marco del derecho a la seguridad social a la pensión, como ya se indicó en líneas precedentes.

*En virtud de los principios de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa, atendiendo la armonización de éstos al caso concreto, para la Sala debe preferirse la segunda interpretación, y en consecuencia, dar a este caso igual interpretación que aquella que ha permitido reconocer que **cuando se cumple con el requisito de tiempo para adquirir un emolumento laboral** – salario o prestación*

¹⁷ De acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 que dispone: «Parágrafo 1º.- Cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último salario devengado.»

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

– pero no se alcanza la totalidad del mismo, debe reconocerse su pago de forma proporcional.

A su vez, esta interpretación permite que se concreten postulados como la justicia material y no formal, pues denegar un derecho prestacional en materia de pensiones, únicamente basado en la taxatividad, resulta contrario no propugna por la realización de los derechos constitucionales de los asociados, tal como lo resalta el Consejo de Estado en sentencia proferida el 3 de marzo de 2015, la Subsección “A” de la Sección Segunda, en el proceso con radicación número 05001-23-33-000-2012-00772-01, con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, que sobre este tópico manifestó:

“Considerando que el juez debe estar inspirado al momento de realizar la interpretación normativa por principios de justicia material y no formal, y que conforme el criterio auxiliar de equidad, éste se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal, para la Sala es claro que si del 100% de la exigencia legal aplicable para este caso (15 años de servicio), el causante y cónyuge de la accionante alcanzó a cumplir el 98% (14 años 7 meses 16 días), no existe justificación real alguna que invalide el derecho a otorgarle el reconocimiento pensional bajo el régimen especial dispuesto en el aludido decreto, máxime que el ínfimo 2% restante, representado en escasos 4 meses 14 días, no lo alcanzó a cumplir por un simple capricho o decisión suya, sino por el acaecimiento de un hecho fortuito como es la muerte.¹⁸

Aunado a lo anterior, como está acreditado que la demandante y cónyuge superviviente del causante en la actualidad cuenta con 77 años de edad, al haber nacido en 1948, es diáfano que la hace merecedora de una protección especial, conforme lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional en su profusa jurisprudencia, de ahí que dejarla en el vacío al negarle la pensión de sobrevivientes, a pesar de las particularidades reseñadas, sería exponerla a condiciones de indignidad por una lectura literal y árida de la norma, comprometiendo su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital que, por supuesto, ofendería su derecho esencial a una vida digna.” -Resaltado fuera de texto-

Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica del caso lleva a establecer, sin lugar a divagación, que si con la consagración de la mesada 14 el legislador **compensó a los pensionados en sus ingresos**, no acceder al pago

¹⁸ Valga decir que en oportunidades anteriores, y bajo ciertas circunstancias que resultan parecidas al caso bajo estudio, en aplicación de criterios equidad y justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha ordenado reconocer prestaciones pensionales cuando lo que faltaba para cumplir el requisito de ley ha sido menor y obedece a circunstancias ajenas al querer del interesado, tal y como lo resolvió, v.gr., en sentencias de la Subsección A, del 26 de octubre de 2006, radicado interno 4109-04, CP Dr. Jaime Moreno García, y del 10 de octubre de 2013, radicado interno 1776-12, CP Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, y la Subsección B, la sentencia del 30 de septiembre de 2010, radicado interno 1067-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, por mencionar algunas.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

proporcional de la misma cuando el pensionado o sustituto fallece antes de la fecha de su pago, deviene en un desconocimiento de esa finalidad y afecta el derecho a la seguridad social, sin que sea suficiente apelar al argumento normativo pues ello desconoce principios de justicia.

Entonces, mutatis mutandis, lo acabado de mencionar traído al presente caso: No resulta constitucionalmente admisible desconocer el pago proporcional de la mesada 14 bajo los supuestos alegados por CREMIL y bajo las consideraciones del a quo, pues con ello, no se atendería la finalidad de la prestación – compensación por devaluación- con el sólo argumento del fallecimiento “anticipado” al momento de la causación del 100% del pago de la mesada adicional.

Podría acaso, llegarse al extremo de considerar que, ¿si el pensionado fallece antes de causarse el mes, la entidad se exonera del pago de lo causado proporcionalmente? y, sin mayores explicaciones, si la pensión es un salario diferido, habrá lugar a su pago proporcional, entonces, con igual razón, si la mesada adicional se paga cada 12 meses, ella se causa a medida que transcurre tal lapso y se pagará proporcionalmente lo causado.

*Atendiendo los anteriores argumentos, prospera el segundo cargo de apelación, por lo tanto, la sentencia de **15 de agosto de 2019**, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja dentro del medio de control de la referencia, debe ser revocada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con el acto ficto o presunto que negó el reconocimiento del pago proporcional de la mesada 14, en tanto los demás actos demandados, no se encuentran vinculados con ese asunto, sino resolvieron reclamaciones diferentes.*

*En la demanda se solicitó lo siguiente en la pretensión segunda: “(...) Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la parte demandada **LA NACIÓN – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** a título de restablecimiento del derecho vulnerado, así: 1. A reconocer y pagar proporcionalmente a nosotros los herederos – beneficiarios de la Señora **GRACIELA GARCÍA DE RODRÍGUEZ (Q.E.P.D.)** la mesada adicional de sustitución pensional de mitad de año – Mesada 14 (**que corresponde a cuatro meses y 21 días**) hasta la fecha de su fallecimiento, es decir hasta el 21 de mayo de 2015 (f. 213-214 c.1).*

La prestación como se estudió se devenga cada año, en junio, conforme a la documental obrante en el expediente, a la señora Graciela García de Rodríguez, se

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

le canceló en junio de 2014, la mesada 14 correspondiente a ese año, en la suma de \$8.371.433 (f. 176 c.1), en consecuencia, quedaría pendiente el pago de la mesada catorce entre julio de 2014 y 21 de mayo de 2015, de forma proporcional, es decir por **10 meses y 21 días**.

Si bien en la demanda se pidió reconocer 4 meses y 21 días, ordenar proporcionalmente lo correspondiente a 10 meses y 21 días, no constituye fallo ultra ni extra petita pues, **lo fundamental que era el pago proporcional de la mesada catorce** está pedido y se encuentra totalmente probado que ese es el plazo proporcional pendiente de pago.

En consecuencia, se reconocerá lo reclamado en la demanda que corresponde a 10 meses y 21 días, que trascurrieron entre el 1º de julio de 2014 y 21 de mayo de 2015, suma que será ordenada en la parte resolutive de esta sentencia, atendiendo la mesada pensional devengada para el año 2015 con la correspondiente indexación, así:

La asignación mensual para el año 2015 ascendía a \$8.712.745¹⁹, \$24.202,07 por día que multiplicado por 321 días (10 meses y 21 días), reporta por pago proporcional de la mesada 14 en cuantía de \$7.768.865 valor éste que será indexado a la fecha de esta sentencia, así:

<i>Año</i>	<i>IPC</i>	<i>Diferencia mensual</i>
2014		\$ 7.768.865
2015	6,77%	\$ 8.294.817
2016	5,75%	\$ 8.771.769
2017	4,09%	\$ 9.130.535
2018	3,18%	\$ 9.420.886
2019	3,80%	\$ 9.778.879

En consecuencia, se reconocerá a los demandantes la suma de **nueve millones setecientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve mil pesos M/CTE (\$9.778.879)**, a título de restablecimiento del derecho, ante la nulidad del acto ficto que denegó el reconocimiento del pago proporcional de la mesada 14 que en vida

¹⁹ Valor que se obtiene de sumar: el monto de la mesada 2014 \$8.371.433, con el valor que se obtiene de la siguiente operación: monto del retroactivo reconocido en Resolución No. 2935 de 22 de abril de 2016 (f. 94), \$1.592.790, dividido en 140 días (entre el 1º de enero y el 20 de mayo de 2015), multiplicado por 30 días, para obtener el valor del reajuste de la asignación de retiro para el año 2015, que asciende a la suma de \$341.312.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

devengaba la señora Graciela García Rodríguez en calidad de sustituta de la asignación de retiro del Coronel ® Elberto Rodríguez Pinzón.

Finalmente, observa la Sala que, aunque la primera instancia consideró la configuración del silencio administrativo, nada dijo al respecto en la parte resolutive de la sentencia, por lo cual esta instancia procederá a ello, en tanto, en efecto, se encuentra operado tal fenómeno.

De las Costas.

Finalmente, en relación con el argumento de apelación sobre la condena de costas dispuestas en virtud del criterio objetivo, vista su sustentación entiende la Sala que está pidiendo que se analice las mismas bajo el régimen subjetivo, pues el recurrente señaló “(...) el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena, **lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonante con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas (...)**” (fl. 373 c.2).

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”. Resaltado fuera de texto.

Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se acreditaron expensas ni gastos. Sin embargo, la parte demandante presentó alegatos de conclusión (fl. 383 c.2), lo cual daría lugar a fijar agencias en derecho.

Ahora bien, encuentra la Sala que, en materia de costas, en decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no ha sido constante el criterio a aplicar.

*En efecto, se lee lo siguiente en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección “A” con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15)*

*“...Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa **que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.²¹*

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, **sin que para tal efecto se indique que***

²⁰ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

²¹ Regula la norma lo siguiente: “[...]salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad...” (Resaltado fuera de texto)

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección “B” con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

*“...Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva –pues no se refirió a **la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-**, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, **se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.** Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca a determinar su ocurrencia.*

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada...” Resaltado fuera de texto)

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección “B” de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó *“...Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello **debe examinar la actuación procesal** de la parte vencida y comprobar su causación y **no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses**, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas....”* (Resaltado fuera de texto)

Más recientemente, sentencia proferida por la misma Sección Subsección “A”, con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.

Considera esta Sala que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse a la postura que resulta

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

más favorable a la parte vencida, razón por la cual no se condenará en costas en ninguna instancia, en la medida que fue revocada la decisión de primera instancia con fundamento en el recurso propuesto por la parte actora, sin que sea necesario más argumentaciones sobre el tercer argumento de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. **Revocar** la sentencia proferida el **15 de agosto de 2019** por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja que negó las pretensiones de la demanda presentada por Edgar José Rodríguez García quien actúa en nombre propio y como apoderado judicial de Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García, contra el Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, en su lugar se dispone:

Primero. Declarar la existencia del acto ficto o presunto que denegó la solicitud de pago proporcional de mesada 14 que en vida devengaba la causante Graciela García de Rodríguez presentada por Edgar José Rodríguez García, Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García, en recurso de apelación propuesto contra la Resolución No. 5777 de 17 de julio de 2015 interpuesto el **31 de agosto de 2015**.

Segundo. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto que denegó la solicitud de pago proporcional de mesada 14 que en vida devengaba la causante Graciela García de Rodríguez presentada por Edgar José Rodríguez García, Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, reconocerá y pagará la suma de **nueve millones setecientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve mil pesos M/CTE (\$9.778.879)** a los demandantes Edgar José Rodríguez García, Jorge Rodríguez García, Gladys Rodríguez García, Myriam

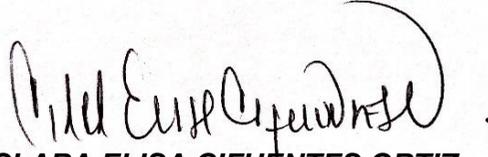
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01

Rodríguez García, Erwin Rodríguez García y Nelson Rodríguez García.

- Cuarto.** La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
- Quinto.** Sin condena **costas** en esta instancia.
- Sexto.** Negar las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión **virtual** celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Erwin Rodríguez García y otros
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Expediente: 15001 3333 012 2016 00127 01