



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

10 DE ABRIL DE 2019

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSE EFRAIN SUAREZ MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

RADICACIÓN No: 150013333008 2018- 00068- 01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte actora contra el fallo proferido el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **JOSÉ EFRAÍN SUÁREZ MARTINEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda: Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **JOSÉ EFRAÍN SUAREZ MARTINEZ**, solicitó que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 22345 de 18 de enero de 2017, mediante la cual la demandada reconoció pensión de vejez; (ii) Resolución No. DIR 274 de 9 de marzo de 2017, mediante la cual se resolvió recurso de apelación y se modificó la resolución GNR

22345 de 18 de enero de 2017; (iii) Resolución No. SUB 128089 de 17 de julio de 2017, mediante la cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del accionante y (iv) Resolución No. DIR 13701 de 23 de agosto de 2017, mediante la cual se modificó la resolución No. SUB 128089 de 17 de julio de 2017.

- A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión de vejez obteniendo el IBL a partir de los valores por él devengados desde el 1 de agosto de 2016 al 31 de julio de 2017, y que son: asignación básica, subsidio de alimentación, gastos de desplazamiento, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones, dando aplicación a los principios de favorabilidad y de condición más beneficiosa.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo lo siguiente: **(i)** El demandante nació el 13 de noviembre de 1951 y laboró para empresas del sector privado durante el periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 1967 al 24 de diciembre de 1984; **(ii)** Laboró durante 14 años, 6 meses y 25 días en la Secretaría de Salud de Boyacá y como empleado público- conductor, durante 11 años y 11 meses, para un total laborado de 26 años, 5 meses y 25 días en el sector público; **(iii)** Para el 25 de julio de 2005, fecha de vigencia del AL 05 de 2005, el actor tenía más de 750 semanas cotizadas, siendo beneficiario del régimen de transición; **(iv)** Por orden del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Tunja y del Tribunal Administrativo de Boyacá, se liquidaron y pagaron los gastos de desplazamiento como factor salarial desde el 1 de enero de 2009 y hasta su retiro el 31 de diciembre de 2017; **(v)** El demandante, durante el último año de servicio, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, subsidio de alimentación, gastos de desplazamiento, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones; **(vi)** Le fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución No. GNR 22345 de 18 de enero de 2017, y reliquidada conforme a las resoluciones DIR 274 de 9 de marzo de 2017, SUB 128089 de 17 de julio de 2017 y DIR 13701 de 23 de agosto de 2017, expedidas por COLPENSIONES y **(vii)** El 21 de julio de 2017 interpuso recurso de apelación contra la resolución

SUB 128089 de 17 de julio de 2017, el cual fue resuelto por la accionada mediante resolución DIR 13701 de 23 de agosto de 2017. (fls. 3-7)

2.2. La providencia apelada (fls. 380-388). Se trata de la sentencia proferida el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su determinación, la a quo, luego de referirse a la obligatoriedad del precedente de unificación, al régimen de transición de la ley 100 de 1993, y a los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación pensional, procedió al análisis del caso concreto, dando aplicación a la regla jurisprudencial prevista en punto al IBL de la pensión vejez, prevista en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, señalando que el demandante era beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y que, conforme a las pruebas allegadas al expediente, la entidad demandada, al momento de reconocer su pensión de vejez, incluyó la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, factores efectivamente devengados y enlistados en el decreto 1158 de 1994; acompasado a lo expuesto, sostuvo el a quo que tampoco resultaba procedente acceder a la inclusión del factor denominado gastos de desplazamiento, por cuanto no se encuentra enlistado en el aludido decreto.

Finalmente, precisó que conforme a la sentencia de unificación citada, si bien el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, NO le resulta aplicable el IBL previsto en el artículo 21 de dicho precepto.

2.3. El recurso de apelación (fls. 390-405): Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte actora la impugnó oportunamente, y expuso como motivo de inconformidad, el hecho de que el a quo hubiese decidido no incluir los gastos de desplazamiento como factor salarial para reliquidar la mesada pensional del demandante, pese a que el Departamento de Boyacá pagó a favor de Colpensiones a portes a pensión de dicho factor salarial a partir del 1 de enero de 2009; en ese orden

de ideas, consideró que no resultaba a justado que el mismo sea tomado en consideración para la aludida reliquidación por no encontrarse enlistado taxativamente en el decreto 1158 de 1994, eludiendo así, el a quo, la solución que resultaba menos favorable a su representado.

2.4. Alegatos de conclusión. La apoderada judicial de la demandante mediante escrito radicado en la etapa procesal correspondiente, manifestó que reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia (fls. 431-446).

La apoderada de la entidad demandada y el Ministerio Público, guardaron silencio (fl.459)

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo los argumentos de la apelación, la Sala entrará a determinar si debe incluirse o no los gastos de desplazamiento en el IBL del señor JOSE EDUARDO SUAREZ MARTINEZ.

3.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.2.1. Del ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36¹ de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de

¹ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)"

servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

En lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el **monto** de la pensión, jurisprudencialmente se suscitó una serie de inquietudes, pues se consideraba que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción, debido a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen provisiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Al respecto, el Consejo de Estado² consideraba que no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el principio de inescindibilidad de la norma, y en el entendido de que la palabra “monto” comprende el porcentaje y base de la liquidación.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 SU-230 de 2015, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018, considera que el IBL del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse a las personas cobijadas por la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición de la

²Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

*“(…) cuando la Ley empleó la palabra “monto”, no fue para **que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.***

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

*De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, **que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.*** (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

Ley 100, pues consideraron que fue el propio legislador el que fijó la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición.

Dicha diferencia posicional dio lugar a que se generara una nueva controversia en torno al periodo que se toma en cuenta para promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, debido a que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 prevé como IBL el "*salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios*", mientras que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que el IBL para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Frente a dicho cuestionamiento, ésta Corporación judicial al resolver pretensiones como las aquí debatidas de reliquidación de pensión de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, venía sustentando que procedía reliquidar la pensión de los demandantes **con la inclusión de todos los factores salariales que hubieran devengando en el año anterior al retiro del servicio**, siendo ese periodo de tiempo el que debía tomarse para efectos de determinar el IBL, posición que se fundamentaba en el principio de inescindibilidad de la norma y en el acatamiento del precedente jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado, fijado en sentencia de 4 de agosto de 2010, y en las reiteraciones que sobre el asunto hizo la Sección Segunda de ese Alto Tribunal, considerando adicionalmente, que las sentencias C- 258 de 2013 y SU - 230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, no resultaban aplicables a los casos aquí debatidos, por cuanto aplicaban únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del expediente con Radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, zanjó la controversia que se venía suscitando en torno a IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional para los beneficiarios

del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las siguientes reglas jurisprudenciales:

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

a. Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

b. Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en

³ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]."

él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, **la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010,** según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, **va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.** La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; *sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador*, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.” (Negrilla y Resaltado fuera de texto).

Así, de las referidas subreglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado se puede colegir que el periodo para concretar el IBL de quien se encuentra en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a 10 años, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21⁴ de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 *ibídem*.

En este sentido, dirá la Sala que como quiera que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso, para tales efectos resulta indispensable remitirse a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en cuanto define que el

⁴ **ARTICULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo. (...)” (Negrilla fuera del texto original).

salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

De esta manera, el Decreto Reglamentario No. 1158 de 1994⁵ consagra lo siguiente:

"(...) ARTÍCULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: 'Base de Cotización'.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a)** *La asignación básica mensual;*
- b)** *Los gastos de representación;*
- c)** *La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d)** *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e)** *La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f)** *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g)** *La bonificación por servicios prestados; (...)"*

En estos términos, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 estará conformado únicamente por estos conceptos, siempre que hayan sido percibidos por el trabajador dentro del marco temporal antedicho, **sin perjuicio de otros emolumentos frente a los cuales el legislador haya señalado, mediante norma especial⁶, que constituyen factor para liquidación de la pensión o de personal exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social**, por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

3.3. CASO CONCRETO

En el *sub lite*, la controversia planteada en la alzada radica en la determinación del IBL pensional, específicamente en lo que se refiere a los factores salariales que lo integran y su marco temporal de cómputo.

⁵ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto No. 691 de 1994.

⁶ A título de ejemplo el artículo 1º del Decreto 383 de 6 de marzo de 2013 y el artículo 1º del Decreto 2460 de 2006.

Para desatar ese asunto, la Sala observa que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante tenía más de 42 años de edad (nació el 13 de noviembre de 1951- fl. 33), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiario del régimen de transición allí previsto, de manera que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios y el monto de la prestación corresponden al régimen anterior, que para el caso es la Ley 33 de 1985, mientras que el IBL (delimitación temporal y factores salariales) se rige por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, conforme la posición adoptada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, precedente jurisprudencial que debe ser acogido conforme a lo establecido por los artículo 10º y 270 del C.P.A.C.A.⁷.

En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 los requisitos para consolidar el estatus pensional eran **(i)** haber servido 20 años como empleado oficial y **(ii)** alcanzar 55 años de edad, los cuales fueron cumplidos por la demandante el **13 de noviembre de 2006**, efectuándose su retiro definitivo del servicio el día 1 **de agosto de 2017** (fl. 328), por ende, la pensión de jubilación reconocida debe liquidarse con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, incluyendo únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en el Decreto No. 1158 de 1994 y sobre los cuales se efectuaron los descuentos respectivos, tal como lo hizo la entidad demandada en el acto administrativo de reconocimiento.

En este orden de ideas, la Sala no acoge la tesis expuesta en el recurso de apelación impetrado, respecto de la obligatoriedad de incluir los gastos

⁷ En desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*"Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia: las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.**"* (Negrita fuera de texto).

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció:

*"**Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**"*⁷ (Resaltado fuera de texto).

de desplazamiento dentro de los factores salariales que se toman en consideración para liquidar la pensión de vejez de la demandante, pues si bien reposan en el informativo probanzas de las cuales se colige que el Departamento de Boyacá realizó pago de la liquidación a COLPENSIONES en cumplimiento de lo ordenado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 2012-00045-00 (fl.337), proceso en el que se dispuso reliquidar las prestaciones sociales del aquí demandante, incluyendo para el efecto como factor salarial de liquidación los gastos de desplazamiento (fls. 150-165), lo cierto es que, tal y como se decantó en precedencia, el pago de aportes por parte del empleador no resulta suficiente de cara a incluir el emolumento en cita en el IBL del señor SUAREZ MARTINEZ, pues resulta necesario que el mismo se encuentre enlistado, bien en el decreto 1158 de 1994 o bien en otra normativa en la que determine de manera específica, que dicho concepto constituye factor salarial para la liquidación de la pensión de jubilación, condiciones que no se advierte en ésta oportunidad.

Bajo este entendido, la Sala no acoge los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora, en razón a que la prestación fue reconocida y liquidada por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES con arreglo a la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, y por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, respecto de los elementos y características del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, postura que ésta Sala de decisión ha acogido en sus diferentes pronunciamientos respecto al alcance de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018.

Ahora, precisa la Sala que el Consejo de Estado en sentencia de 26 de septiembre de 2016⁸ señaló que *“cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo*

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, sentencia de 26 de septiembre de 2016, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC)

sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima." Como sucede en el presente caso, en el que se hizo necesario cambiar la postura que se había adoptado en la sentencia de 04 de agosto de 2010, en aras de efectivizar el principio de solidaridad en materia de seguridad social, sin que en todo caso tal cambio jurisprudencial haya dado lugar al desconocer el principio de la confianza legítima, debido a que previo a la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, el Acto Legislativo 01 de 2005 ya tenía establecido que *en el IBL pensional solo se pueden incluir los factores sobre los que se han efectuado los aportes*, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018.

Así mismo, el Consejo de Estado en la sentencia de 28 de agosto ya citada, precisó que el precedente allí establecido se aplicará en forma retrospectiva, y que por tanto, las reglas jurisprudenciales que se fijaron en dicho pronunciamiento *"se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables."*

Igualmente, dejó claro que los efectos que se dan a dicha decisión, *"garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia."*

Así las cosas, la sentencia de primer grado será confirmada.

4. CONDENA EN COSTAS

La Sala Considera que no es procedente en este caso condenar en costas a la parte vencida, como quiera que al momento de presentación de la demanda el precedente del Consejo de Estado era favorable a las pretensiones, situación que generó en la parte actora una expectativa legítima.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin costas en segunda instancia.

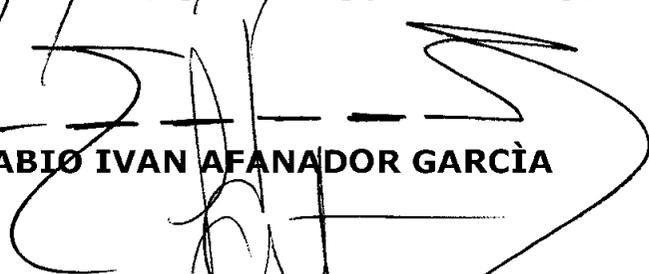
Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

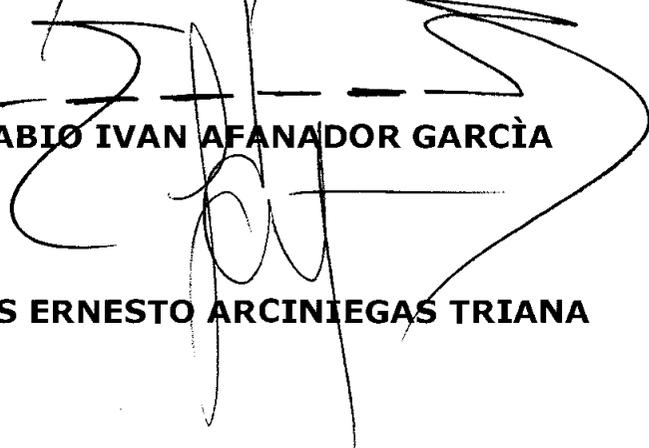
Los Magistrados:



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS



FABIO IVAN AFANADOR GARCIA



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

17

03 FEB 2019

