



Radicado: 11001-03-15-000-2020-00415-00
Demandante: Jhon Jairo Giraldo González

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2020-00415-00
Demandante: JHON JAIRO GIRALDO GONZÁLEZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA –
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”

Temas: Acción de tutela contra providencia judicial –
desconocimiento del precedente – prima de riesgo del DAS
como factor salarial para liquidación de la pensión

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver, en primera instancia, la acción de tutela ejercida por el señor Jhon Jairo Giraldo González contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. Con escrito radicado el 5 de febrero de 2020¹ en la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Jhon Jairo Giraldo González, actuando en nombre propio, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, con el fin de que le sea amparado su derecho fundamental a la igualdad, en concordancia con los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad.

2. El accionante consideró vulneradas las referidas garantías constitucionales con ocasión de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante la cual se revocó el fallo dictado el 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda que presentó el señor Jhon Jairo Giraldo González en ejercicio del medio de control de nulidad y

¹ Folios 1 a 7 del expediente.



restablecimiento del derecho, con radicado N° 11001-33-35-016-2017-00020-01, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

3. Con base en lo anterior, la parte actora solicitó el amparo del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, pidió:

“1. Se sirva AMPARAR o TUTELAR la protección de los derechos fundamentales vulnerados y enunciados con anterioridad.

2. Como consecuencia de ello, se ordene revocar o dejar sin efecto (sic) jurídicos el(s) aludido(s) fallo(s) de que trata la presente acción.

3. Ordenársele al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B.- MAGISTRADO PONENTE DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS, que en un término prudencial a partir de la notificación del presente fallo, se profiera una nueva decisión en la que se ordene tener en cuenta en la liquidación de la pensión, la prima de riesgo, por las razones anteriormente expuestas.

4. Como quiera que sobre dicho factor hubo descuentos, no habrá lugar a ordenarlos nuevamente. Sin embargo, de llegar el caso, los mismos se debe (sic) efectuar únicamente sobre este factor a reconocer, aplicando para ello los siguientes dos postulados:

4.1. La prescripción trienal de los descuentos por concepto de pensión.

4.2. O en su defecto, contados cinco años atrás del retiro definitivo del servicio oficial; atendiendo a la prescripción de la acción de cobro, según el Estatuto Tributario colombiano, de que trata el artículo 817 del mismo²”.

1.2. Hechos probados y/o admitidos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

4. El señor Jhon Jairo Giraldo González laboró en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS por más de 20 años, desempeñándose en el cargo de detective profesional 2017-09 en la ciudad de Bogotá.

5. Interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra Colpensiones, con el fin de que le fuera incluida la prima de riesgo en la liquidación de su pensión, *“por haber desempeñado labores de alto riesgo al interior del extinto D.A.S. y en donde le fueron realizados descuentos para pensión por ese factor en el porcentaje del 8.5% con destino a CAJANAL”.*

6. El proceso le correspondió en primera instancia al Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, autoridad judicial que a través de fallo del 19 de septiembre de 2018 accedió a las pretensiones de la demanda, reconociendo para el efecto la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, incluyendo la prima de riesgo en la liquidación de su pensión.

² Folio 5 del expediente.



7. Inconforme con lo anterior, la parte demandada apeló y el recurso de alzada fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, que mediante sentencia del 24 de octubre de 2019 revocó el fallo de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, al considerar lo siguiente:

“(…) de conformidad con la variación jurisprudencial de esa Corporación y de los hechos probados, se avizora que el demandante fue vinculado al DAS el 17 de enero de 1994, cumpliendo los 20 años de servicio el 17 de julio de 2014, retirándose definitivamente a partir del 31 de julio de 2014; el ente de previsión adecuó la situación fáctica pensional del demandante al régimen pensional establecido en los Decretos 1047 de 1978, 1933 de 1989, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, dado que al 1 de abril de 1994, al señor Jhon Jairo Giraldo González, le faltaban más de diez (10) años para pensionarse, y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, se pone de presente por esta Corporación, la entidad adoptó la tasa de reemplazo, el tiempo y el monto en línea con el marco jurisprudencial previamente, sin embargo, la decisión adoptada por el a quo, es contraria a lo dispuesto por jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puesto que se ha precisado que los factores salariales son estrictamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se haya cotizado efectivamente, es por eso, que al estudiar el caso particular, se observa que la prima de riesgo no hace parte del listado taxativo de la norma ante (sic) señalada, en consideración a ello, la Sala concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la forma solicitada por la parte demandante, pues no se está objetando alguna de las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia en relación a la interpretación del régimen normativo aplicable en transición a la liquidación de la prestación, la no aplicación de alguna de las sub-reglas establecidas por la Sala Plena del Consejo de Estado o que hubiere sido excluido algún factor salarial dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 (...)³”.

1.3. Fundamentos de la vulneración

8. La parte actora sostuvo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, al proferir la sentencia del 24 de octubre de 2019, vulneró su derecho fundamental a la igualdad, pues no tuvo en cuenta que sobre el factor prima de riesgo sí se efectuaron los respectivos descuentos, esto es, 8.5% por actividad de alto riesgo a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal, “lo cual constituye o hace parte en la liquidación de la pensión de la (sic) aquí demandante, por haber sido devengada a partir del 04 de agosto de 1994 al 31 de julio de 2003, como retribución de los servicios al interior del extinto DAS”. Para el efecto, afirmó que en el expediente obran las certificaciones salariales allegadas al expediente tanto por la parte actora como por parte de la entidad demandada.

9. Conforme a ello, manifestó que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente pues omitió tener en cuenta lo dispuesto en las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 8 de marzo de 2018, 1º de agosto de 2013 y 28 de agosto de 2018.

³ Folio 36 del expediente.





10. Respecto de la primera de ellas, esto es, la del **8 de marzo de 2018, rad: 63001-33-33-752-2015-00255-01**, resaltó que reconoció la prima de riesgo en la liquidación de la pensión percibida por los ex funcionario del DAS; por otro lado, en relación con la del **1º de agosto de 2013, rad: 44001-23-31-000-2008-00150-01**, señaló que dicha prestación “*debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes prestaron sus servicios al EXTINTO – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS)*”; finalmente, frente a la sentencia del **28 de agosto de 2018, rad: 52001-23-33-000-2012-00143-01**, afirmó que en dicha ocasión, la Corporación ordenó incluir “*única y exclusivamente*” los factores sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos descuentos para pensión, en aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional.

1.4. Trámite de la acción de tutela

11. Mediante auto del 7 de febrero de 2020, se admitió la demanda de tutela y se dispuso su notificación a la parte actora, así como a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”.

12. Igualmente, se ordenó vincular en calidad de terceros con interés al Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá y a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

1.5. Intervenciones

13. Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 56 a 60, se presentó la siguiente intervención:

1.5.1. Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá⁴

14. Con escrito radicado el 12 de febrero de 2020 en la oficina de Correspondencia del Consejo de Estado, la Secretaria del juzgado remitió en calidad de préstamo el expediente contentivo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el N° 11001-33-35-016-2017-00020-00, adelantado por el señor Jhon Jairo Giraldo González contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. No obstante, frente a los hechos de la demanda guardó silencio.

1.5.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B” y Colpensiones, a pesar de haber sido notificados en debida forma, guardaron silencio.

⁴ Folio 61 del expediente.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

15. Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela ejercida por el señor Jhon Jairo Giraldo González en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Problema jurídico

16. Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Se superan en el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

17. De ser positiva la respuesta al interrogante anterior, la Sala analizará lo siguiente:

- ¿Vulneró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” el derecho fundamental a la igualdad del señor Jhon Jairo Giraldo González, por presuntamente incurrir en el defecto de desconocimiento del precedente al proferir la sentencia del 24 de octubre de 2019 y negar la inclusión de la prima de riesgo como factor para la liquidación de la pensión?

18. Para resolver los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** de los requisitos de procedibilidad adjetiva; **(iii)** generalidades del desconocimiento del precedente; y **(iv)** análisis del caso concreto.

2.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

19. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,⁵ *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.⁶

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. M.P. María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.



20. Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁷.

21. Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”.

22. Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁸, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

23. En ese orden de ideas, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* que sea relevante constitucionalmente, *ii)* que no se trate de tutela contra tutela; *iii)* inmediatez; *iv)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la improcedencia del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

24. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

25. Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez

⁷ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia”.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios. M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. Relevancia constitucional

26. Para la Sala es necesario precisar que, este requisito se encuentra superado por cuanto en primer lugar, la parte actora cuestiona la razonabilidad de la providencia del 24 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, pues desconoció el precedente del Consejo de Estado sobre la prima de riesgo.

27. En segundo lugar, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, pues en efecto, la parte actora considera vulnerado su derecho fundamental a la igualdad, así como los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad, por cuanto una vez la autoridad judicial accionada revocó la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, desconoció lo dispuesto en las sentencias del Consejo de Estado que reconocieron la prima de riesgo como factor salarial pensional.

28. En ese sentido, los argumentos que a juicio del tutelante eran irrazonables y contrarios al ordenamiento jurídico, concretamente al precedente de las Altas Corporaciones, no fueron aplicados por el Tribunal Administrativo accionado, desconociendo el alcance y aplicación de su derecho fundamental y omitiendo el deber del juez ordinario de actuar tanto como juez de legalidad, como de constitucionalidad y de convencionalidad en la causa ordinaria.

29. Así las cosas, es evidente la tensión alegada por la parte actora entre la razonabilidad de la decisión, que al desconocer el precedente aplicable al caso concreto, vulnera su derecho fundamental a la igualdad, así como los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad.

30. Luego, es de relevancia constitucional cuando subsiste violación o amenaza al derecho fundamental, después de haber agotado el procedimiento legal administrativo de policía o judicial establecido por la ley para su protección, como lo alega la parte actora en el caso objeto de estudio, lo que implica que el mecanismo constitucional no fue utilizado como una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.



31. Ello significa que el asunto de la acción de tutela de la referencia tiene importancia para la interpretación de la Constitución⁹, para su aplicación, su eficacia y la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente el de igualdad, en cuyo núcleo esencial se encuentra la garantía de la doble instancia.

2.4.2. Tutela contra tutela

32. La Sala observa frente al mencionado aspecto, que **no se trata de una tutela contra una decisión de la misma naturaleza**¹⁰, pues la providencia cuestionada fue proferida en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 11001-33-35-016-2017-00020-01, que promovió el señor Jhon Jairo Giraldo González contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2.4.3. Inmediatez¹¹

33. En relación con el acatamiento del referido requisito, no se advierte ningún reproche, en vista que la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, fue proferida el 24 de

⁹ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00004-00; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05258-00; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05291-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00137-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05354-00; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05153-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05167-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04833-00.

¹⁰ En igual sentido, se encuentran las siguientes: Consejo de Estado, Sección Quinta: sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00014-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00400-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00092-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00179-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00141-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04788-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00137-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00037-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05346-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05202-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹¹ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 23 de enero del 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04833-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05167-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-03890-01; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05153-00; del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05346-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04693-01; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00137-00; y sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04788-01.



octubre de 2019 y la solicitud de amparo fue presentada el 5 de febrero de 2020, es decir, dentro de un término que la Sala considera razonable para el ejercicio de la acción de tutela contra providencia judicial.

34. Lo anterior, a la luz de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹², en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adoptó los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹³, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es el término razonable para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

2.4.4. Subsidiariedad¹⁴

35. En consideración a dicho requisito, por tratarse de una providencia que resolvió en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios. Así mismo, tampoco procede el medio de impugnación extraordinario de revisión debido a que dentro de los motivos de inconformidad que expone el accionante, no se configuran las causales señaladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

36. Igualmente no sería procedente, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia por cuanto no se satisface la cuantía exigida en el artículo 257 del CPACA para su procedencia en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en atención a que el asunto fue conocido en primera instancia por el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá en virtud de lo previsto en el numeral 2º del artículo 155 del CPACA.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. M. P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹³ c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

¹⁴ Ver al respecto, Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: sentencia del 23 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04833-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-03890-01; del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05025-00; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05153-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04693-01; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2020-00137-00; y sentencia del 20 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04788-01.



37. Así pues, superado el cumplimiento de los requisitos adjetivos, esta Sala entrará a estudiar el caso concreto.

2.5. Del desconocimiento del precedente

38. La Sala precisa que el precedente es aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que aquella sea considerada como precedente. También se considera que constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad y las de unificación, expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

39. Sin embargo, resulta necesario advertir que “(...) *debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez*”¹⁵.

2.6. Caso concreto

40. La parte actora, aseguró que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B” al proferir la sentencia del 24 de octubre de 2019, mediante la cual se revocó el fallo dictado el 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda que presentó el señor Jhon Jairo Giraldo González en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra Colpensiones, incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente.

41. Para el efecto, alegó que la referida autoridad judicial desconoció las reglas que el Consejo de Estado fijó en las sentencias de unificación del 8 de marzo de 2018, 1º de agosto de 2013 y 28 de agosto de 2018 respecto de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de la pensión de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

42. En primer lugar, la Sala advierte que la parte actora cumplió con la carga argumentativa para analizar el cargo planteado, pues indicó las providencias que alega desconocidas, así como la regla cuya aplicación pretende en el caso concreto y la incidencia que las mismas tiene en el *sub lite*.

43. Precisado lo anterior, se entrará a analizar las providencias que la accionante alega como desconocidas. En relación con la del **8 de marzo de 2018, rad: 63001-33-33-752-2015-00255-01**, la Sala evidenció que el número de radicado no corresponde al asignado a ninguna providencia; ahora bien,

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.



con el fin de localizar el proveído en mención, se suministró la totalidad de datos a la relatoría y allí se encontró que, en efecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, falló una tutela el 8 de marzo de 2018, radicado No. **11001-03-15-000-2018-00066-00(AC)**, cuyo tema se relacionaba con la prima de riesgo del DAS.

44. Sobre el particular, es pertinente indicar que las sentencias de tutela proferidas por las diferentes Secciones del Consejo de Estado no constituyen precedente pues las mismas, no son dictadas por esta Corporación como órgano de cierre sino como autoridad de la jurisdicción constitucional en donde el máximo superior jerárquico es la Corte Constitucional.

45. En ese orden de ideas, si bien la referida sentencia de tutela, no resulta vinculante para la Subsección “B” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo Cundinamarca por cuanto no creó ninguna regla de decisión, lo cierto es que con el fin de descartar la posible transgresión del derecho a la igualdad del accionante se estudió su contenido, encontrando que en dicha ocasión se concluyó que no hay lugar a acceder al reconocimiento de la prima de riesgo en la liquidación de las **prestaciones sociales** causadas a favor de los funcionarios del extinto DAS¹⁶. En ese sentido, no se halló identidad fáctica ni jurídica con el caso *sub examine*.

46. Por su parte, en relación con la sentencia de unificación del **28 de agosto de 2018, rad: 52001-23-33-000-2012-00143-01**, la Sala Plena del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, analizó el caso de la señora Gladis Guerrero de Montenegro que trabajó en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, como Auxiliar de Servicios Generales y así, unificó el criterio de la Corporación respecto a: *i*) el periodo para liquidar la pensión y; *ii*) los factores salariales que integran el Ingreso Base de liquidación Pensional **de los beneficiarios del régimen de transición** contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, frente al segundo tema, esto es, el de los factores salariales que integran el IBL pensional, expuso:

“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

¹⁶ Al respecto consultar Consejo de Estado – Sección Quinta sentencia del 4 de mayo de 2017, rad: 2016-03647-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; sentencia del 8 de agosto de 2019, rad: 2019-03262-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 10 de octubre de 2019, rad: 2019-03908-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 20 de noviembre de 2019, rad: 2019-03673-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra y sentencia del 23 de enero de 2020, rad: 2019-04578-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.



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.

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.

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”.

47. En ese contexto, la Sala encuentra que si bien en dicha ocasión se estudió el caso de una ex funcionaria del extinto DAS, lo cierto es que la regla se fijó respecto de los beneficiarios del **régimen de transición** de la Ley 100 de 1993 y, al señor Giraldo González no lo cobija el mencionado régimen. En esos términos, no se advierte identidad fáctica ni jurídica con el caso analizado en la sentencia de unificación del **28 de agosto de 2018**.

48. Finalmente, mencionó que se desconoció la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el **1º de agosto de 2013, rad: 44001-23-31-000-2008-00150-01**, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; por cuanto en esa decisión se consideró que dicha prestación “*debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes prestaron sus servicios al EXTINTO – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS)*” debido a que la misma fue pagada de forma constante durante el vínculo laboral como contraprestación directa de las labores peligrosas que cumplían los funcionarios de la referida entidad.

49. Así las cosas, en principio se podría concluir que la mencionada sentencia de unificación, se centró en determinar bajo qué parámetros procedía el reconocimiento de la prima de riesgo prevista en favor de los funcionarios del DAS como factor para la liquidación de la pensión de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, como quiera que en uno de sus apartes señaló “*Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados*”.



50. Ahora bien, la Sala advierte que, en realidad, la referida sentencia de unificación se dedica a explicar desde el punto de vista objetivo, y no subjetivo, la naturaleza jurídica de la prima de riesgo a efectos de establecer que la misma constituye factor para la liquidación de la pensión al punto que concluye, poniendo de presente la primacía de la realidad sobre las formas, que la prima de riesgo es una contraprestación del servicio y, en ese orden, todos los empleados del extinto –DAS que la hubiesen percibido tienen derecho a ella.

51. En ese contexto, la Sección concluye que una interpretación contraria a la establecida produce un trato desigual entre los empleados del liquidado –DAS, desconociendo la naturaleza salarial intrínseca de la prestación, reconocida por la Sección Segunda de esta Corporación en los siguientes términos: *“con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS”.*

52. Tan es así que a través de sentencia del 7 de diciembre de 2017, la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación, en sede de extensión de jurisprudencia resolvió extender los efectos de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013 y, en tal sentido, ordenó a la entidad accionada que efectuara la reliquidación de las pensiones de jubilaciones reconocidas, incluyendo como factor salarial la prima de riesgo devengada durante el último año de servicios en los casos que cumplieran con los siguientes parámetros: *“i) haber sido vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo 2.º del Decreto 1835 de 1994; iii) como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, iv) haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo”.*

53. Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” en la sentencia del 24 de octubre de 2019, resolvió revocar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de las resoluciones a través de las cuales Colpensiones negó la reliquidación pensional del demandante con la inclusión de la totalidad de los factores salariales, dentro de los que se encontraba la prima de riesgo, con fundamento en lo siguiente:

“(…) Así las cosas, se pone de presente por esta Corporación, la entidad adoptó la tasa de reemplazo, el tiempo y el monto en línea con el marco jurisprudencial previamente, sin embargo, la decisión adoptada por el a quo, es contraria a lo dispuesto por jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puesto



*que se ha precisado que los factores salariales son estrictamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se haya cotizado efectivamente, es por eso, que **al estudiar el caso particular, se observa que la prima de riesgo no hace parte del listado taxativo de la norma ante (sic) señalada**, en consideración a ello, la Sala concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la forma solicitada por la parte demandante, pues no se está objetando alguna de las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia en relación a la interpretación del régimen normativo aplicable en transición a la liquidación de la prestación, la no aplicación de alguna de las sub-reglas establecidas por la Sala Plena del Consejo de Estado o que hubiere sido excluido algún factor salarial dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 (...)*”.

54. Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que la autoridad judicial accionada desconoció el precedente alegado por el tutelante en el caso concreto, pues de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, se desprende que el Consejo de Estado sí estableció el carácter salarial de la **prima de riesgo para efectos pensionales** en el caso de los funcionarios del liquidado Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

55. En ese contexto, la decisión proferida por la autoridad judicial accionada no resulta razonable ni constitucionalmente válida, pues como se demostró, esta Corporación fijó una regla aplicable a la situación jurídica del señor Jhon Jairo Giraldo González el cual pretendía que la prima de riesgo fuera reconocida como factor salarial para liquidar la pensión.

56. Así las cosas, no es de recibo la conclusión a la cual llegó la Subsección “B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para negar la aplicación del precedente que se alega como desconocido. En mérito de lo expuesto, la Sala encuentra que en el caso objeto de estudio se configuró un defecto por desconocimiento del precedente.

2.7. Conclusión

57. Por todo lo anterior, se advierte que en el caso *sub examine* el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, vulneró el derecho fundamental de igualdad del señor Jhon Jairo Giraldo González, toda vez que al momento de proferir el fallo del 24 de octubre de 2019, desconoció la regla establecida en la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, que determina el carácter salarial de la prima de riesgo para efectos pensionales en el caso de los funcionarios del liquidado Departamento Administrativo de Seguridad –DAS. Lo anterior, teniendo en cuenta que el defecto estudiado fue el desconocimiento del precedente.

58. En ese orden de ideas, al encontrarse configurado el defecto por desconocimiento del precedente, se dejará sin efectos la sentencia del 24 de octubre de 2019 y se concederá el término de diez (10) días a la Subsección “B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para



que profiera una nueva providencia, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

III. FALLA

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la igualdad del señor Jhon Jairo Giraldo González y, en ese sentido, **DEJAR SIN EFECTOS**, la sentencia del 24 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, mediante la cual revocó la sentencia de primera instancia en el sentido de negar la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de la pensión del accionante en su calidad de funcionario del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONCEDER al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” el término de diez (10) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente fallo, para que profiera una nueva sentencia, de acuerdo con los motivos expuestos en este proveído.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Devuélvase al despacho de origen el expediente remitido en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente



Radicado: 11001-03-15-000-2020-00415-00
Demandante: Jhon Jairo Giraldo González

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
En comisión