



Radicado: 11001-03-15-000-2020-00580-00
Demandante: Patrimonio Autónomo Público PAP
Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio

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

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintidos (22) de abril de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2020-00580-00
Demandante: PATRIMONIO AUTÓNOMO PÚBLICO -PAP-
FIDUPREVISORA DAS Y EL FONDO ROTATORIO
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Temas: Tutela contra providencia judicial. Desconocimiento del precedente judicial. Prima de riesgo DAS. Niega las pretensiones de la acción

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de tutela presentada, mediante apoderado, por el Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y su fondo rotatorio contra el Tribunal Administrativo del Meta, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio ejercieron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Meta, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, formularon las siguientes pretensiones:

"1.- DECLARAR que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META con la decisión adoptada el día 12 de septiembre del año 2019, notificada el día 20 de ese mismo mes y año, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 50-001-33-33-003-2013-00197-01 en donde era demandante el señor JOSÉ ANTONIO ROJAS HERNÁNDEZ, vulneró los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA del PATRIMONIO AUTÓNOMO PÚBLICO PAP, FIDUPREVISORA DAS Y SU FONDO ROTATORIO.

2.- Como consecuencia de lo anterior DEJAR SIN EFECTO la decisión adoptada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META el día 12 de septiembre del año 2019, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 50-001-33-33-003-2013-00197-01, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, y, en su lugar, ordenar a la entidad accionada adoptar, en el término que disponga el juez constitucional, una nueva decisión en la que se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto del año 2018 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01.



3. – REQUERIR Y ADVERTIR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, para que en lo sucesivo se abstenga de continuar emitiendo sentencias que desconozcan el precedente jurisprudencial de sentencia de unificación del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto del año 2018 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01.¹

2. Hechos:

De la demanda de tutela se indican como hechos relevantes, los siguientes:

El señor José Antonio Rojas Hernández estuvo vinculado en el extinto DAS, en el cargo de guardián, desde el 8 de agosto de 1994 hasta julio de 2014. Durante la prestación del servicio percibió la denominada prima de riesgo, de conformidad con los Decretos 1933 de 23 de agosto de 1989, 132 de 17 de enero de 1994, 1137 de 2 de junio de 1994, 2646 de 29 de noviembre de 1994 y 1835 de 3 de agosto de 1994.

En virtud de la supresión del DAS, mediante Decreto 4057 de 2011, fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación.

El señor Rojas Hernández elevó solicitud ante el DAS, en proceso de supresión, en la que pidió que se reconociera la prima de riesgo como factor salarial y, en consecuencia, que se ordenara el reajuste y pago de todas las prestaciones sociales causadas con inclusión de la citada prima.

La solicitud fue negada mediante acto administrativo núm. DAS.STH.GAPE.ABG No. 1-2012113833-2 de 23 de agosto de 2012.

Por lo anterior, ejercicio el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó al Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio, con la finalidad de que se declarara la ilegalidad del acto administrativo núm. DAS.STH.GAPE.ABG N°. 1-2012113833-2 de 23 de agosto de 2012 y, en consecuencia, que se ordenara el reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales (primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías), con inclusión de la prima de riesgo.

El proceso, en primera instancia, le correspondió al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Villavicencio que, en sentencia del 3 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones formuladas por el señor Rojas Hernández, al considerar que la prima de riesgo constituye factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, pues fue percibida de manera habitual, periódica y con ocasión de la prestación personal del servicio. Lo anterior, haciendo uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, pues inaplicó lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, según el cual, dicha prima no constituye factor salarial porque resulta contrario al artículo 53 de la Constitución Política.

Contra la anterior decisión el Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio interpusieron recurso de apelación, que fue resuelto por

¹ Folios 3 y 4 del expediente de tutela.



el Tribunal Administrativo del Meta en fallo de 12 de septiembre de 2019, en el que se confirmó la decisión apelada.

3. Argumentos de la tutela

A juicio de la parte actora, la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al proferir la decisión del 12 de septiembre de 2019.

Refirió que la acción de tutela cumple los requisitos generales de procedibilidad porque:

- goza de relevancia constitucional pues en la providencia demandada se incurrió en desconocimiento del precedente y, por ende, el derecho fundamental a la igualdad.
- no existen otros medios de defensa porque se agotó el trámite de segunda instancia y se configura un perjuicio irremediable, *“pues ni siquiera se podría plantear el recurso de revisión por cuanto no se estaría dentro de ninguna de las causales que permitirían acudir a dicho recurso extraordinario”*².
- cumple el requisito de la inmediatez porque la sentencia fue notificada el 20 de septiembre de 2019 y, por tanto, se está dentro del periodo de los 6 meses establecidos por la jurisprudencia.
- se identificaron de manera clara y precisa los hechos que sustentan la acción de tutela.
- La decisión cuestionada no es un fallo de tutela.

Sostuvo que la providencia demandada incurrió en **desconocimiento del precedente y defecto sustantivo**, ya que la decisión objeto de reproche constitucional fue emitida con base en la sentencia de unificación proferida el 1 de agosto de 2013 por la Sección Segunda del Consejo de Estado³, en la que se consideró que la prima de riesgo debe incluirse para determinar el IBL de la mesada pensional de los pensionados del DAS, sin tener en cuenta que dicha postura fue recogida mediante sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, que trató un caso de una exfuncionaria del DAS, con lo que se desconoció *“el cambio de escenario jurisprudencial”*.

Al respecto, manifestó que, en cualquier caso, la postura de la sentencia de 1 de agosto de 2013 no resulta aplicable pues la misma fue reevaluada.

Señaló que dichos argumentos fueron acogidos en la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado el 2 de julio de 2019, en la que se indicó que la posición del 1 de agosto de 2013 fue modificada por la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, por lo que es esta última la que debe aplicarse (tesis de exclusión de la prima de riesgo como factor salarial).

Finalmente, indicó que la providencia endilgada incurrió en violación directa de la

² Folios 6 y 7 del cuaderno de tutela.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013, exp. N° 40001-23-31-000-2008-00150-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.



constitución porque la interpretación de la norma resuelta es abiertamente contraria a la Constitución Política.

4. Trámite previo

Mediante auto del 19 de febrero de 2020, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar a las partes y al señor José Antonio Rojas Hernández, como tercero interesado en el resultado de la presente acción, a quienes se les remitió copia de la demanda.

5. Oposiciones

El Tribunal Administrativo del Meta y el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Villavicencio guardaron silencio.

6. Intervenciones

El señor **José Antonio Rojas Hernández** pese a que fue notificado de manera electrónica no se pronunció.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1 establece: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*».

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Acción de tutela contra providencias judiciales

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcional, se reconoce la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta de los derechos constitucionales fundamentales.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de **31 de julio de 2012**, Exp. 2009-01328-01, aceptó la acción de tutela contra providencia judicial y acogió el criterio de la *procedencia excepcional*⁴, para lo cual aplicó la metodología desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el

⁴ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de **29 de junio de 2004** (Expediente AC-10203), han abierto paso la acción de tutela, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. De ahí que en esa oportunidad - sentencia de 31 de julio de 2012 - se admita, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente. (Se destaca)



amparo solicitado, mediante el empleo de las causales generales⁵ y específicas⁶ de procedencia de la acción de tutela.

Problema jurídico

La Sala destaca que, si bien al actor alegó la configuración de los defectos sustantivo y violación directa de la constitución, lo cierto es que, de la argumentación del escrito de tutela, se puede advertir que lo pretendido es que se declare la configuración del desconocimiento del precedente judicial.

Por tal razón, le corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo del Meta vulneró los derechos fundamentales invocados por incurrir en desconocimiento del precedente judicial⁷ al proferir la providencia proferida del 12 de septiembre de 2019.

Caso concreto

Como se mencionó, la demandante solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo del Meta. En consecuencia, solicitó que se deje sin efectos la providencia proferida el 12 de septiembre de 2019, que confirmó el fallo de primera instancia de 3 de noviembre de 2016, emitido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Villavicencio.

Lo anterior, bajo el argumento de que la decisión incurrió en desconocimiento del precedente, pues fue emitida con base en la sentencia de unificación proferida el 1º de agosto de 2013 por la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, sin tener en cuenta que dicha posición jurisprudencial fue recogida recientemente con la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

⁵ Causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora; (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y, (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

⁶ La configuración de una causal especial de procedibilidad, supone que la providencia controvertida haya incurrido en alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico; (ii) procedimental absoluto; (iii) fáctico, (iv) material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y, (viii) violación directa de la Constitución.

⁷ El precedente judicial busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma y, consecuentemente, se garantice el debido proceso del ciudadano. La Sala ha sostenido que es posible plantear la transgresión del precedente si se demuestra que exista una o varias decisiones judiciales que guarden identidad fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación (existencia del precedente); que tales decisiones eran vinculantes para la autoridad judicial demandada tanto por ser el precedente vigente, como por tener la fuerza vinculante suficiente (precedente vinculante); que la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela es contraria al precedente vinculante (contradicción con el precedente vinculante); y que el juez de instancia no presentó una justificación razonable para apartarse del precedente vinculante (inexistencia de justificante para separarse del precedente).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013, exp. N° 4001-23-31-000-2008-00150-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.



A efecto de determinar si en el presente caso la autoridad judicial demandada incurrió en el referido defecto, la Sala se permite relacionar los hechos que se encuentran acreditados en el presente caso, así:

El señor José Antonio Rojas Hernández interpuso medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la finalidad de que se incluyera la prima de riesgo como factor salarial para efectos de la reliquidación de las prestaciones sociales.

Del proceso conoció el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Villavicencio que, en sentencia del 3 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Administrativo del Meta, en sentencia del 12 de septiembre de 2019, confirmó el fallo de primera instancia y, por ende, reconoció la prima de riesgo para la reliquidación de las prestaciones sociales del señor Rojas Hernández. Lo anterior, al indicar que, si bien el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 prevé que la prima de riesgo no constituye factor salarial, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la inclusión de esta prima como factor para la liquidación del cálculo de la pensión de los exfuncionarios del DAS⁹.

Además, analizó el concepto de salario emitido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521 de 1995, lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política y en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978.

A partir de lo anterior, consideró:

“Así las cosas, para esta colegiatura, contrario a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y en atención a la protección del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas desarrollado por el artículo 53 de la Carta, la prima de riesgo, reconocida y pagada a los ex empleados del DAS, sí es salario conforme con lo estipulado en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 2646 de 1994, en concordancia con el Decreto 1042 de 1978.

(...)

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor JOSÉ ANTONIO ROJAS HERNÁNDEZ, estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en calidad de GUARDIAN 214-04, asignado a la Coordinación Grupo Trabajo Oriental – Meta con sede en Villavicencio, entre el 8 de agosto de 1994 hasta el mes de julio de 2014 y se encuentra probado que devengó mensualmente por concepto de prima de riesgo el 30 % de lo que se deriva que la percibió de forma habitual y periódica, acorde con lo establecido en el Decreto 2646 de 1994, como retribución directa por los servicios prestados en el mencionado cargo.

Así mismo, con base en lo consignado en el oficio No. DASSTHGAPEABG No. 1-2012-113833-2 del 23 de agosto de 2012, expedido por la Subdirectora de Talento Humano del extinto DAS, se evidencia que la prima de riesgo no fue incluida como factor salarial en la liquidación de prestaciones sociales.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de tutela de 6 de agosto de 2015, exp. N° 110010315000201404249, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E).



Bajo este contexto fáctico y atendiendo la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho por lo que será confirmada¹⁰.

Como se puede ver, el tribunal, en la providencia judicial demandada, reconoció la prima de riesgo como factor salarial para calcular las prestaciones sociales de los exfuncionarios de entonces DAS, de conformidad con las pruebas allegadas al expediente y con base en el concepto amplio de salario, según el cual, se entiende constituido por toda remuneración en dinero o especie que el trabajador percibe o debe percibir de forma habitual como contraprestación del servicio proporcionado al empleador.

Por tal razón, concluyó que, en el caso del señor José Antonio Rojas, la prima de riesgo debía considerarse factor salarial, pues la percibió de manera continua, permanente y periódica y como retribución a la prestación del servicio.

Al respecto, la Sala observa que, contrario a lo indicado por la parte actora, la autoridad judicial demandada no incurrió en desconocimiento del precedente judicial porque se sustentó en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política y en la definición que sobre salario ha hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Adicional a lo anterior, la Sala considera necesario precisar que la sentencia del 28 de agosto de 2018 no recogió el criterio estudiado en la providencia del 1º de agosto de 2013 pues las dos providencias estudiaron puntos distintos porque, la que se citó como desconocida, estudió el régimen de transición en el tema pensional y la del 1º de agosto de 2013 los factores a tener en cuenta para la liquidación pensional en el caso de los miembros del DAS.

Además, resulta relevante para esta Sala poner de presente que en la Sección Segunda del Consejo de Estado, especializada en asuntos de carácter laboral, no existe una posición unificada en relación con dicha controversia. En cada una de las Subsecciones que la componen se han dictado fallos ordinarios en los que se ha considerado que la prima de riesgo es y no es factor salarial para la liquidación de prestaciones diferentes a la pensión de los empleados del extinto DAS que desempeñaron cargos de detective especializado, detective profesional, detective agente, criminalístico especializado, criminalístico profesional, criminalístico técnico y conductores¹¹.

Entonces, al no existir una posición unificada sobre la prima de riesgo, lo que prevalece es la autonomía judicial de la que gozan las autoridades judiciales, razón por la que el Tribunal Administrativo del Meta podía optar por acoger la tesis que considerara más apropiada para resolver el caso sometido a su conocimiento, de conformidad con el debate probatorio surtido durante el trámite judicial y, por ende, no se podría declarar que se incurrió en el defecto invocado por la parte actora.

¹⁰ Folios 59 y 60 del cuaderno de tutela.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 29 de agosto de 2019, exp. N° 11001-03-15-000-2019-01686-01, C.P. William Hernández Gómez; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 11 de junio de 2019, exp. N° 11001-03-15-000-2019-01761-00, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas (E).



Cabe resaltar que la conclusión a la que arribó la referida autoridad judicial fue razonable y motivada, en el hecho de que la prima de riesgo devengada por el señor José Antonio Rojas Hernández cumplía los requisitos constitutivos del concepto de salario, es decir, fue devengada de forma ordinaria y permanente y como retribución del servicio.

Por lo anterior, la Sala negará las pretensiones de la solicitud de amparo interpuesta por el Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio, por las razones expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta-Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Negar** las pretensiones de la acción de tutela promovida por el Patrimonio Autónomo Público PAP, Fiduprevisora DAS y el Fondo Rotatorio.
2. **Notificar** a las partes por el medio más expedito.
3. En caso de no ser impugnada la presente providencia, enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
4. **Publicar** la presente providencia en la página web de la Rama Judicial, del Consejo de Estado y de la autoridad demandada.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.


STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección


MILTON CHAVES GARCÍA


JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ