**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / AUSENCIA DE DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE RIESGO DE EX FUNCIONARIOS DEL DAS EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DISTINTAS A LA PENSIÓN - No existe criterio unificado / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL - Aplicación**

[L]a Sección Segunda de esta Corporación no ha dictado un fallo de unificación respecto a la procedencia de la solicitud de inclusión de la prima de riesgo como «factor salarial» en la liquidación de prestaciones sociales (distintas a pensión). Por tal motivo, no puede exigirse que todos los asuntos sobre el tema se fallen de una determinada manera; de modo que para esta Sección es razonable el análisis que realice el juez natural de la especialidad, en ejercicio de su autonomía e independencia judicial (…) Así las cosas, no se encuentra configurado el desconocimiento del precedente invocado por la parte demandante. (…) Para la Sala, no le asiste razón al demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, toda vez que, como ya se expuso, el juez de la causa ordinaria contaba con total autonomía para acogerse, bien sea al criterio afirmativo acerca de la naturaleza salarial de la referida prima o, como en efecto se decantó, al concluir que es la norma especial la que no le resta tal carácter a la misma. En tal sentido, cabe recordar que existen restricciones de tipo legal frente a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habituales no son contemplados como factores salariales, ello en virtud de la potestad del ejecutivo contemplada en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior (…) En consecuencia, tampoco se encuentra configurado el defecto sustantivo alegado por el actor. Finalmente, para la Sala con la providencia cuestionada tampoco se incurrió en un defecto de tal naturaleza, porque como ya se advirtió en el análisis relativo al precedente, el Tribunal no desconoció ningún lineamiento judicial trazado por el Consejo de Estado que resulte aplicable al caso concreto, ni algún convenio ni tratado internacional debidamente ratificado por Colombia (artículo 93 superior), ni alguna otra prerrogativa contemplada en el artículo 53 superior. Ello, por cuanto el Tribunal demandado bajo su autonomía e independencia judicial y ante la inexistencia de una sentencia de unificación en concreto, al analizar de fondo la controversia suscitada entre las partes, concluyó que no había lugar a acceder al reconocimiento de la prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales causadas a su favor durante el periodo que laboró en el extinto DAS, todas ellas de naturaleza periódica distinta a la que pudiera tener de orden pensional.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá D. C., siete (7) de mayo de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04740-01(AC)**

**Actor: NELSON JAVIAN YONDAPIZ MEDINA**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte actora, en contra del fallo del 17 de enero de 2020, proferido por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado.

**I. ANTECEDENTES**

# 1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado en la Secretaría General del Consejo de Estado el 5 de noviembre de 2019, el señor Nelson Javian Yondapiz Medina, mediante apoderado, instauró acción de tutela contra la decisión del 4 de abril de 2019, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, con la cual revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 19001-33-31-001-201400227-01 que promovió en contra del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)1.

1 Con sucesores procesales la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Patrimonio Autónomo, representado por la Fiduprevisora S. A. (conforme a la providencia de segunda instancia que se demanda).

Sostuvo que su derecho fundamental al debido proceso y el principio constitucional a la seguridad jurídica los vulneró la referida autoridad judicial porque con la providencia acusada incurrió en un desconocimiento del precedente, en un defecto sustantivo y en la violación directa de la Constitución, ya que no accedió a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de prestaciones sociales.

En consecuencia, la parte demandante pretende lo siguiente:

*«5.1. PRIMERA: Se tutele el derecho constitucional fundamental al debido proceso y el principio Constitucional de la seguridad jurídica, consagrados en la Constitución Política y en su desarrollo jurisprudencial.*

*5.2. SEGUNDA: En consecuencia se DEJE SIN EFECTO el fallo de segunda instancia proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA - SALA DE DECISIÓN 001, el 04/04/19, notificada al correo electrónico de este apoderado el 02/05/19, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con radicado Nro. 19001-33-31-001-2014-00227-01, cursado por el señor NELSON JAVIAN YONDAPIZ MEDINA CC. 4.613.220, contra la NACIÓN - DAS EN SUPRESIÓN y en su reemplazo en un término perentorio se emita la sentencia que remplazará la descalificada, donde se acojan los parámetros expuestos por el H. Consejo de Estado en sus recientes fallos en consideración con el tema del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para liquidación de prestaciones.»*[[1]](#footnote-1)

La petición de tutela tuvo como fundamento los siguientes:

# 2. Hechos

Sostuvo que prestó sus servicios en el extinto DAS del 23 de octubre de 2001 al 31 de diciembre de 2011, con último cargo el de detective 07 en el área operativa; por lo que solicitó ante dicha entidad la reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

Indicó que como el referido departamento le negó tal petición con acto número E-2310,18-201400022 del 2 de enero del año 2014, contra esa decisión administrativa presentó una demanda de nulidad y restablecimiento el derecho, cuyas pretensiones consistieron principalmente en lo siguiente:

1. La inaplicación del artículo 4° del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, que le resta el carácter salarial a la prima de riesgo.

1. Se declarara la nulidad del mencionado acto administrativo.

1. Se le reconociera y pagara, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

Señaló que la demanda le correspondió al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Popayán, que con sentencia del 20 de marzo de 2018 accedió a las pretensiones, luego de motivar su decisión en la sentencia del 1º de agosto de 2013 dictada por el Consejo de Estado en el proceso 44001-2331-000-2008 00150-01 (10070-11). En concreto, resolvió:

*«PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del oficio No. E-2310,18-201400022 del 2 de enero del año 2014, mediante el cual el DAS en supresión, negó al demandante el reconocimiento de la prima de riesgo como factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales.*

*SEGUNDO.- CONDENAR al PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y SU FONDO ROTATORIO, para que de conformidad con las competencias contempladas en la Ley 1753 de 2015 y el contrato de FIDUCIA MERCANTIL CÓDIGO 6001-2016, cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo para la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS y/o su FONDO ROTATORIO, procedan a reliquidar y pagar las prestaciones sociales causadas por el señor NELSON JAVIAN YONDAPIZ MEDINA, durante el tiempo que se reclama y que no se encuentren prescritas, con la inclusión de la prima de riesgo percibida en cuantía del 35%, como factor salarial. Las sumas reconocidas deberán ser actualizadas conforme al índice de precios al consumidor, según los parámetros de la parte motiva de esta providencia.*

*Del monto a reconocer, se deberán descontar los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y prestaciones, sobre el factor a incluir en la reliquidación de las prestaciones.*

*TERCERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción para la reclamación presentada, por lo que sólo se adeudan las sumas causadas a partir del 23 de diciembre del año 2010.*

*…»*[[2]](#footnote-2)

Manifestó que presentó su apelación al tiempo que la entidad demandada a

través de su sucesora procesal[[3]](#footnote-3). Refirió que con su alzada cuestionó la prescripción pues afectaba sus cesantías, pese a que el vínculo permaneció sin solución de continuidad. Añadió que la demandada sostuvo que la sentencia del 1° de agosto de 2013 no dispuso la inclusión de la aludida prima para reliquidar prestaciones sociales, sino solo para pensiones.

Adujo que el Tribunal Administrativo del Cauca mediante providencia del 4 de abril de 2019, revocó la decisión apelada y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, al considerar lo siguiente:

1. Que como la providencia del 1° de agosto de 2013, que unificó la postura respecto a la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de pensiones –dada su naturaleza salarial-, se había fundado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 y, como el criterio de ésta lo varió la misma Sección Segunda del Consejo de Estado con la providencia de unificación del 28 de agosto de 2018, entonces, tal lineamiento no podía ser objeto de aplicación debido al cambio de criterio.

1. Que el gobierno, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, determinó que la prima de riesgo no es factor salarial y al establecerse que la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa actualmente limita el reconocimiento de la calidad de salario a aquellos rubros que las normas hayan considerado como tal, fuerza concluir que no es posible otorgarle dicho carácter a la prima de riesgo.

1. Que en los Decretos 1137 y 2246 de 1994, se estableció que la prestación comentada no constituye salario, lo cual no contraría el artículo 53 constitucional ni las normas de orden internacional que se integraron al ordenamiento interno.

Señaló que la anterior providencia se notificó electrónicamente el 2 de mayo de 2019.

# 3. Sustento de la petición

Manifestó que con la decisión acusada se incurrió en lo siguiente:

3.1. Desconocimiento del precedente

Sostuvo que el Tribunal desconoció la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del

proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 44001-23-31-000-200800150-01, en la que se tuvo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para pensión, lo cual resulta aplicable también para otras prestaciones sociales.

Citó también a pie de página las siguientes decisiones dictadas en acciones de tutela por dicha Corporación:

1. Sección Primera, sentencia del 1° de agosto de 2019, expediente 1100103-15-000-2019-03127-00.
2. Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 29 de agosto de 2019, proceso 11001-03-15-000-2019-01686-01, del 12 de septiembre de 2019, tutela 11001-03-15-000-2019-03508-00, del 15 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-03435-00 y del 26 de septiembre de 2019, acción 11001-03-15-000-2019-03262-01.
3. Sección Segunda, Subsección B, sentencias del 11 de junio de 2019, procesos 11001-03-15-000-2019-02010-00 y 11001-03-15-000-201901761-00; del 21 de agosto de 2019, expediente 11001-03-15-000-201902448-01.
4. Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 2 de julio de 2019, tutela 11001-03-15-000-2019-02009-00, del 19 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-02010-01, del 25 de octubre de 2019, proceso 11001-03-15-000-2019-033500-01.
5. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 21 de junio de 2019, expediente 11001-03-15-000-2019-01686-00.
6. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de octubre de 2019, tutela 11001-03-15-000-2019-03127-01.

* 1. Defecto sustantivo

Manifestó que la sentencia cuestionada se desconoció el concepto de salario contemplado en los convenios internacionales ratificados y suscritos por Colombia; no atendió a lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, ni a lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 995 de 1999.

* 1. Violación directa de la Constitución

Precisó que con la providencia demandada se vulneraron sus garantías constitucionales, pues se pasó por alto el lineamiento judicial trazado por el Consejo de Estado frente al concepto de salario y el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial no solo en pensiones sino en otras prestaciones sociales, en razón de lo consagrado en el artículo 53 superior y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de derechos laborales.

# 4. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 12 de noviembre de 2019, Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, admitió la tutela y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca.

A su vez, como tercero con interés dispuso vincular al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Popayán.

Posteriormente, con providencia del 2 de diciembre de 2019, dispuso la vinculación como terceros con interés de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Patrimonio Autónomo de Remanentes, representado por la Fiduprevisora S. A., como sucesores procesales del extinto DAS.

# 5. Contestaciones

Surtidas las notificaciones electrónicas correspondientes, se presentaron las siguientes intervenciones:

5.1. Tribunal Administrativo del Cauca

Mediante escrito recibido vía electrónica el 15 de noviembre de 2019[[4]](#footnote-4), el magistrado ponente presentó informe a través del cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la solicitud de amparo, por lo que pidió se declarara improcedente la acción de tutela o, en su defecto, denegarla.

Manifestó que en la providencia acusada se efectuó un análisis detallado de las razones que sustentaron la decisión, ajustándose a las normas y jurisprudencias aplicables al caso. Por lo que, no se incurrió en ningún defecto específico invocado por el actor.

3.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Patrimonio Autónomo de Remanentes, representado por la Fiduprevisora S. A.

El apoderado que aportó poder para representar a las referidas entidades, mediante escrito radicado el 6 de diciembre de 2019[[5]](#footnote-5), también se opuso a la prosperidad de la acción de tutela, al señalar que lo pretendido es la aplicación de decisiones con efectos inter partes, que no se pueden acoger para el caso concreto.

Hizo referencia a la sentencia C - 315 de 2012 de la Corte Constitucional en relación con la vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

# 6. Sentencia de primera instancia

La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 17 de enero de 2020, negó el amparo solicitado, luego de encontrar cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Precisó, respecto de tales presupuestos generales, lo siguiente:

*«4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto*

*4.1.- El asunto goza de relevancia constitucional en la medida de que se trata de dilucidar si la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo del Cauca desconoció los derechos fundamentales del accionante, al haber negado el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial computable para la liquidación de prestaciones sociales.*

*4.2.- De igual forma, cumple el requisito de subsidiariedad toda vez que en contra de la sentencia de segunda instancia objeto de tutela no existe otro medio de impugnación ni procede el recurso extraordinario de revisión.*

*4.3.- Frente al requisito de inmediatez, se observa que la sentencia de segunda instancia objeto de la solicitud cobró ejecutoria el 07 de mayo de 2019 y el amparo se interpuso el 5 de noviembre de los corrientes, es decir, dentro de un término razonable.*

*4.4.- No se alega una irregularidad procesal.*

*4.5.- El escrito de amparo se encuentra debidamente motivado por cuanto se indicaron de forma razonada los hechos vulneradores y los derechos vulnerados.*

*4.6.- Por último, no se ataca una decisión de tutela sino la providencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No.190013331001201400227.*

*4.7.- Así las cosas, habiéndose cumplido los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala analizará si en el caso de autos se encuentran configurados los defectos alegados.»[[6]](#footnote-6)*

Sostuvo que el Tribunal no incurrió en defecto sustantivo ni por desconocimiento del precedente alguno, puesto que su decisión para no

acceder a las pretensiones de la demanda ordinaria se sustentó en un estudio razonable de las normas y jurisprudencia aplicable al caso en particular.

Refirió el marco normativo y jurisprudencial sobre la prima de riesgo como factor salarial computable para la liquidación de prestaciones sociales, efectuó un cuadro comparativo de las posturas respecto de la aplicación de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, para concluir lo siguiente:

*«Así las cosas, se reitera que el asunto del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial a tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales es un tema sobre el cual no existe un criterio unificado y dicha situación ocasiona la presencia de diferentes posiciones entre las autoridades judiciales, condición que por sí misma, no implica el desconocimiento de los principios y garantías constitucionales.*

*…*

*Luego al examinar la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el carácter salarial de la prima de riesgo, el Tribunal resaltó que si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, había modificado su criterio jurisprudencial para señalar que la prima de riesgo sí constituye factor salarial, concluyó que este no le era aplicable al accionante en tanto que en esa oportunidad se estableció que esta prestación solo constituía salario para efectos pensionales .*

*5.1.5.1.- En este orden de ideas, en primer lugar, la Sala considera que la sentencia del 04 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de la norma, en tanto que los decretos reglamentarios que regulan la prima de riesgo definieron que la misma no constituía factor salarial.*

*En segundo lugar, esta Subsección encuentra que el tribunal accionado tampoco incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial establecido en la sentencia del 1º de agosto de 2013, pues lo pretendido en aquella oportunidad era el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar la pensión del demandante que se encontraba en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido se fijó la regla jurisprudencial, de acuerdo con la cual tal prestación constituye salario pero solo para efectos pensionales, sin embargo, la sentencia de unificación nada dijo sobre el hecho de que la aludida prima fuera un emolumento para liquidar las prestaciones sociales, tal y como lo solicita el tutelante.* *Por lo señalado, no era procedente la aplicación de la regla fijada en la aludida sentencia, pues los hechos difieren en uno y en otro caso[[7]](#footnote-7).»*

Indicó que tampoco se configuró una violación directa de la Constitución, pues la providencia acusada se dictó en ejercicio de los principios de autonomía funcional, independencia y sana crítica con un análisis coherente y válido a los documentos allegados al proceso y razonable conforme a las normas y jurisprudencia.

# 7. Impugnación

Por escrito electrónico recibido el 19 de febrero de 2020, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia9, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en escrito inicial de tutela.

Señaló que con la providencia demandada se desconoció la providencia del 1° de agosto de 2013 del Consejo de Estado y nuevamente citó unos fallos de tutela a pie de página.

Refirió que el Tribunal no atendió al concepto de salario de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo en consonancia con lo establecido en la sentencia SU 995 de 1999 y, con ello, también violó directamente la Constitución, en especial los artículos 53 y 93 superiores.

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

# 1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991[[8]](#footnote-8), el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 080 de 2019, artículo 25, de la Sala Plena de esta Corporación.

# 2. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia conforme a los argumentos expuestos por la parte impugnante que considera que sí se vulneraron sus garantías constitucionales con la decisión acusada.

 *solicitó el demandante fue la reliquidación de sus prestaciones sociales, pues el respeto por el precedente judicial que entraña la garantía del derecho fundamental a la igualdad, impone a las autoridades resolver de la misma forma los asuntos que sean iguales’. Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 31 de octubre de 2019. Rad. 11001031500020190331101.»* 9 La cual se notificó electrónicamente el 21 de febrero de 2020.

Por tanto, se analizará si la autoridad judicial demandada incurrió en los defectos específicos invocados, al revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda ordinaria promovida por el actor con la finalidad de que se le incluyera la prima de riesgo en la liquidación de sus prestaciones sociales, en razón a su naturaleza salarial.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizará el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y el fondo del reclamo, conforme a lo impugnado.

# 3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente judicial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012[[9]](#footnote-9), mediante el cual unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[10]](#footnote-10), conforme al cual:

*«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»*13

La Corporación hamodificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «*…fijados hasta el momento jurisprudencialmente…».*

Es claro 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, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia[[11]](#footnote-11) a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y iii) 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.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, 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.

Al respecto, resulta del caso reiterar 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 natural.

Por tanto, bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia, así:

# 6. Caso concreto

La parte actora consideró que el Tribunal incurrió en un desconocimiento del precedente, en un defecto sustantivo y en la violación directa de la Constitución, ya que con la sentencia demandada no accedió a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de prestaciones sociales.

De manera que, se analizarán cada uno de los defectos específicos invocados, así:

6.1. Desconocimiento del precedente

Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido al precedente «… *como el conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, el cual debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta su pertinencia para la resolución de un problema jurídico. El precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.»*[[12]](#footnote-12)

Adicionalmente, debe precisarse que esta Sección en reiterados pronunciamientos ha indicado que el concepto de precedente hace referencia a la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la *ratio decidendi*, la cual no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.

Asimismo, se ha destacado que el carácter vinculante de las reglas o subreglas de derecho creadas por las Altas Cortes, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez, a sus funciones asignadas por la norma superior y a la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como, en la coherencia del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la parte que invoca el desconocimiento de un precedente judicial, debe cumplir con la carga mínima de i) identificar la decisión que considera desatendida, ii) la *ratio* de la misma aplicable a la solución del nuevo caso que se somete a la jurisdicción dada la analogía con la *litis* anterior, y iii) la incidencia de esta en la decisión final que adopte el fallador de instancia.

Conforme con lo expuesto, solo podría corresponder a un precedente la sentencia que contenga una regla o subregla de derecho, bien sean providencias de constitucionalidad o de unificación.

Por tanto, los fallos de tutelas que invocó el actor no constituyen precedente[[13]](#footnote-13), puesto que no fueron proferidas por la Sala Plena del máximo Tribunal

Constitucional; en tal sentido, si bien pueden constituir un criterio auxiliar de interpretación, en estricto sentido no son precedentes.

Para el caso particular se encuentra que la parte actora, cumplió con la carga argumentativa requerida, pues invocó como precedente el lineamiento plasmado en la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 44001-23-31-000-2008-00150-01, en la que se tuvo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para pensión; por lo que, a juicio del actor, dicho criterio también era aplicable a otras prestaciones sociales.

Al respecto, encuentra la Sala que, efectivamente, con la citada sentencia del 1° de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS, y por tanto, debía ser incluida dentro del ingreso base de liquidación, así:

*«… 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 tenida en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación… ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*

1. Sección Segunda, Subsección B, sentencias del 11 de junio de 2019, procesos 1100103-15-000-2019-02010-00 y 11001-03-15-000-2019-01761-00; del 21 de agosto de 2019, expediente 11001-03-15-000-2019-02448-01.
2. Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 2 de julio de 2019, tutela 11001-03-15000-2019-02009-00, del 19 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-02010-01, del 25 de octubre de 2019, proceso 11001-03-15-000-2019-033500-01.
3. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 21 de junio de 2019, expediente 1100103-15-000-2019-01686-00.
4. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de octubre de 2019, tutela 11001-0315-000-2019-03127-01.

*…*

*Así las cosas, y 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.»*

Por su parte, el Tribunal demandado con su decisión consideró que aquel lineamiento no resultaba aplicable al caso concreto del accionante, ya que tal reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial solo lo era para efectos pensionales, sumado a que por norma se le había restado expresamente tal carácter[[14]](#footnote-14).

Por lo que, dicho pronunciamiento no aplica al asunto particular porque en la referida decisión se estableció la inclusión de dicho emolumento solo para efectos pensionales, mientras que lo pretendido el actor con su proceso ordinario era obtener su reconocimiento para que se reliquidaran otras prestaciones sociales, distintas a pensión.

Adicionalmente, resulta del caso precisar que la Sección Segunda de esta Corporación no ha dictado un fallo de unificación respecto a la procedencia de la solicitud de inclusión de la prima de riesgo como *«factor salarial»* en la liquidación de prestaciones sociales (distintas a pensión).

Por tal motivo, no puede exigirse que todos los asuntos sobre el tema se fallen de una determinada manera; de modo que para esta Sección es razonable el análisis que realice el juez natural de la especialidad, en ejercicio de su autonomía e independencia judicial, bien sea *«…en* *sentido afirmativo en virtud del concepto de salario acogido por la misma jurisprudencia del Consejo de Estado y de los principios de igualdad y favorabilidad del trabajador; o en sentido negativo, en aplicación de la norma».*[[15]](#footnote-15)

Por último, se advierte que la parte actora si bien hizo referencia en el defecto sustantivo a la sentencia SU 995 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, se observa que esta no creó ninguna regla de decisión relacionada con la naturaleza salarial de la prima de riesgo de los funcionarios del extinto DAS, razón por la cual la autoridad judicial demandada no desconoció el precedente allí establecido; máxime, cuando se trataba de presupuestos fácticos y jurídicos

diferentes.

Así las cosas, no se encuentra configurado el desconocimiento del precedente invocado por la parte demandante.

6.2. Defecto sustantivo

Manifestó que la sentencia cuestionada se desconoció el concepto de salario contemplado en los convenios internacionales ratificados y suscritos por Colombia, los cuales no identificó; por tanto, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Además, el accionante indicó que el Tribunal demandado tampoco atendió a lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales en su orden disponen:

El artículo 127 *ibidem*:

*«Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».*

A su vez, el artículo 128 *ibidem*:

*«No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

Para la Sala, no le asiste razón al demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, toda vez que, como ya se expuso, el juez de la causa ordinaria contaba con total autonomía para acogerse, bien sea al criterio afirmativo acerca de la naturaleza salarial de la referida prima o, como en efecto se decantó, al concluir que es la norma especial la que no le resta tal carácter a la misma[[16]](#footnote-16).

En tal sentido, cabe recordar que existen restricciones de tipo legal frente a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habituales no son contemplados como factores salariales, ello en virtud de la potestad del ejecutivo contemplada en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior, de *«[f]ijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública»*, en consonancia con la Ley 4ª de 1992[[17]](#footnote-17).

En consecuencia, tampoco se encuentra configurado el defecto sustantivo alegado por el actor.

6.3. Violación directa de la Constitución

Finalmente, para la Sala con la providencia cuestionada tampoco se incurrió en un defecto de tal naturaleza, porque como ya se advirtió en el análisis relativo al precedente, el Tribunal no desconoció ningún lineamiento judicial trazado por el Consejo de Estado que resulte aplicable al caso concreto, ni algún convenio ni tratado internacional debidamente ratificado por Colombia (artículo 93 superior), ni alguna otra prerrogativa contemplada en el artículo 53 superior.

Ello, por cuanto el Tribunal demandado bajo su autonomía e independencia judicial y ante la inexistencia de una sentencia de unificación en concreto, al analizar de fondo la controversia suscitada entre las partes, concluyó que no había lugar a acceder al reconocimiento de la prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales causadas a su favor durante el periodo que laboró en el extinto DAS, todas ellas de naturaleza periódica distinta a la que pudiera tener de orden pensional.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de tutela de primera instancia que negó el amparo solicitado, por las razones expuestas.

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,

**FALLA**

**PRIMERO:** Confirmase el fallo impugnado que negó la solicitud de tutela, por las razones anotadas en precedencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

 **LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Magistrada**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Magistrada**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Magistrado**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / SALVAMENTO DE VOTO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE RIESGO DE EX FUNCIONARIOS DEL DAS EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DISTINTAS A LA PENSIÓN**

1. La prima de riesgo sí constituía factor salarial, a la luz de la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, y, en consecuencia, sí era aplicable para la resolución de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por el tutelante contra el DAS, pues existía entre los casos identidad fáctica y jurídica. 2. De no estarse seguro respecto del alcance de la ratio decidendi erigida por la Sección Segunda en la decisión de 1º de agosto de 2013, la providencia del Tribunal Administrativo del Cauca debió acoger un criterio proteccionista y acorde a los postulados de nuestra Constitución Política. 3. Por ende, la acción de tutela presentada por el señor [N] tenía total vocación de éxito y, en consecuencia, el fallo de primera instancia proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C debió haber sido revocado, para en su lugar, amparar el derecho fundamental al debido proceso de este.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido respeto por los debates y consideraciones que se ventilan al interior de la Sala de Decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, expongo a continuación las razones por las que, salvo mi voto respecto de la sentencia de 7 de mayo de 2020, con la que se confirmó la negativa del amparo deprecado, proferida bajo el radicado de la referencia, a pesar de que, en oportunidades anteriores, acompañe la tesis allí adoptada[[18]](#footnote-18).

**1. La posición judicial que genera la disidencia**

El fallo del cual me aparto, la Sección Quinta de esta Corporación decidió confirmar la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C, por medio del cual **negó** el amparo constitucional solicitado.

El accionante reclamaba la reliquidación de las prestaciones sociales –distintas a la pensión–, pues no se había incluido el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, percibida por aquél durante el lapso en el que estuvo vinculado a la referida institución de inteligencia pública, comoquiera que sí constituía factor salarial, aunque las normas legales y reglamentarias que regulaban la materia[[19]](#footnote-19) dispusieran lo contrario.

Para adoptar la decisión plasmada en la providencia de la que hoy disiento, la mayoría de los integrantes de la Sala de Decisión estimó que, la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado No. 44001-23-31- 000-2008-00150-01[[20]](#footnote-20), no resultaba aplicable al asunto resuelto por el Tribunal Administrativo del Cauca, ya que allí, el reconocimiento de la naturaleza salarial de la prima de riesgo se había circunscrito a la materia pensional, y no a otro tipo de prestaciones como las que solicitaba el demandante al interior del proceso ordinario.

En ese orden, el fallo que motiva este voto disidente explicó:

«Al respecto, encuentra la Sala que, efectivamente, con la citada sentencia del 1° de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS y, por tanto, debía ser incluida dentro del ingreso base de liquidación, así:

*«… 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 tenida en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación… ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*

*…*

*Así las cosas, y 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.»*

Por su parte, el Tribunal demandado con su decisión consideró que aquel lineamiento no resultaba aplicable al caso concreto del accionante, ya que tal reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial solo lo era para efectos pensionales, sumado a que por norma se le había restado expresamente tal carácter[[21]](#footnote-21)»[[22]](#footnote-22).

Así, la Sección consideró que las pretensiones del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado fueron resueltas de forma correcta, al concluir que la sentencia del 1º de agosto de 2013 se circunscribió únicamente al factor pensional y no podía hacer extensivo el mismo a otros guarismos.

Y es, sobre ese punto, en el que radican las observaciones que elevo en esta oportunidad contra el fallo de 7 de mayo de 2020, por cuanto, contrario a lo decidido, considero que los preceptos establecidos en la providencia de unificación mencionada sí resultaban aplicables al caso puesto a consideración de la autoridad judicial acusada o, a lo menos, su decisión de acceder a las pretensiones de la demanda ordinaria resultaba razonable.

En mi sentir, la decisión de la mayoría de mis compañeros desconoció i) el espíritu mismo de la sentencia de unificación y ii) las características propias de la *ratio decidendi*, de conformidad con los presupuestos de la teoría del precedente judicial.

**2. La sentencia cuestionada desconoce el espíritu del fallo de unificación de 1º de agosto de 2013**

La sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo como origen hechos relacionados con la reliquidación de la pensión de jubilación de un antiguo funcionario del DAS, quien la solicitaba, al considerar que dentro de su base de liquidación debía incluirse la prima de riesgo, entre otras prestaciones, ya que ésta disponía de carácter salarial, y había sido devengada durante el último año de servicio.

La regla de unificación allí plasmada fue, en principio –léase bien: «***en principio***»– limitada a asuntos relacionados con el régimen pensional de los asociados, lo que significaría que el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial solo tendría efectos en ese universo, y no en otros, como el decidido por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Pero que lo anterior corresponda con la realidad, no significa que el alcance de los preceptos de unificación de la providencia de 1º de agosto de 2013, puedan circunscribirse simplemente al mundo de lo pensional, pues, sin hesitación alguna, i) el método de estudio allí desplegado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como ii) la principialística sobre la que se fundó ese fallo y iii) la manera como se expresó la propia regla de unificación, permiten arribar a una conclusión diferente.

Frente a la tesis *«formalista»* adoptada en la providencia judicial cuestionada, consideró que la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013 ofrecía la posibilidad de una interpretación material, mucho más cercana a los postulados sustanciales que se derivan de la fórmula política adoptada por el Constituyente de 1991, esto es, la del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así las cosas, la tesis que planteo se denomina material y se sustenta en lo siguiente:

**2.1. El método de estudio allí desplegado**

Para llegar a la conclusión según la cual la prima de riesgo debía ser considerada como factor salarial, la Sección Segunda del Consejo de Estado prescindió, en su fallo de unificación de 1º de agosto de 2013, de cualquier tipo de referencia a la materia pensional. En efecto, el mencionado órgano judicial sustentó su decisión en consideraciones generales propias del régimen laboral, relativas a la periodicidad del emolumento que se recibe, su correlación con la prestación personal de un servicio, e incluso a la subordinación, como elementos axiales para determinar la naturaleza salarial de los dineros recibidos por quienes conceden su fuerza de trabajo a los empleadores, sin importar que en este asunto lo fuere el Estado.

En otros términos, los motivos que cimentaron la tesis defendida por la Sección Segunda del Consejo de Estado trascienden lo pensional, para ubicarse en la categoría del Derecho Laboral, que lleva a que la posición defendida por ésta irradie la totalidad de ese campo del derecho.

En consonancia, la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, manifestó que la naturaleza salarial de la prima de riesgo debía ser reconocida:

«… en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación[[23]](#footnote-23), ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

(…)

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas»[[24]](#footnote-24).

Ello demuestra que, aunque la unificación a que se refiere –la prima de riesgo sí es factor salarial al cumplir los requisitos para ello– tuvo como terreno «*fértil*» el campo pensional, lo cierto es que su *«producto»* trascendía aquellos contornos, toda vez que su fundamento era propiamente laboral, que no pensional, y, por tanto, aplicable a otros asuntos, como el de la reliquidación de prestaciones distintas a la pensión.

**2.2. La principialística sobre la que erigió ese fallo**

En la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, la Sección Segunda expresó que el carácter salarial de la prima de riesgo percibida por algunos funcionarios del extinto DAS, tiene como principal justificación el principio que propugna por la prevalencia de la realidad sobre las formas, el cual lleva a reconocer la sustancialidad de los hechos más allá de las formalidades de los que se rodeen.

Al respecto, el mencionado órgano judicial expresó:

«Es precisamente este último principio, **la primacía de la realidad sobre las formas**, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, sí goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana»[[25]](#footnote-25).

De conformidad con lo anterior, y a pesar de que las disposiciones legales y reglamentarias no conceden la naturaleza salarial a la prima de riesgo, la Sección Segunda estimó que, teniendo en cuenta los postulados del artículo 53 constitucional, y particularmente el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, dicha prestación constituía salario, por cuanto era la retribución a la labor ejercida por detectives, conductores y criminalísticos del DAS.

Así las cosas, prohijar una posición, como la que se sostuvo en el fallo ordinario cuestionado, conllevaría admitir que la prevalencia de la realidad sobre las formalidades solo tendría efectos en ese ámbito, el pensional, lo que resulta desconocedor de su vocación universal en el campo del Derecho Laboral y, de contera, de los postulados esenciales de la Constitución de 1991.

Por lo anterior, la tesis formalista defendida en la sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca es inconstitucional.

Pues hay que tener en cuenta, que dicha prima cumple con los presupuestos para ser salario, como una remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, y la recibe de manera habitual y periódica; razón por el cual el Tribunal Administrativo del Cauca también erró al sustentar la revocatoria bajo el argumento que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, sobre ingreso base de liquidación pensional y los factores que se deben cotizar para alcanzar dicha prestación social, dejó sin efectos la proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 4 de agosto de 2010; sin que este hecho afecte los fundamentos de la que se alegó como desconocida en la tutela y que su alcance se está analizando en esta decisión.

**2.3. La forma como se expresó la regla de unificación**

Tal y como fue propuesta la regla de unificación sobre la naturaleza salarial de la prima de riesgo, su alcance va más allá de lo pensional para inscribirse en la generalidad del campo de lo laboral.

La Sección Segunda expresó en los términos que se reproducen la unificación de que se trata:

«**Así las cosas, y 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.»[[26]](#footnote-26)

Nótese que la regla erigida puede escindirse en dos: por un lado, una **regla general** que apunta a la naturaleza salarial de la prima de riesgo – *«[a]sí las cosas, y 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…»*–; por otro, una **específica** que circunscribe su alcance al mundo de lo pensional, resultando eso sí compatibles.

Entonces, una lectura detenida del fallo unificatorio de 1º de agosto de 2013 permite considerar que la prima de riesgo tiene carácter salarial, toda vez que de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, debe primar la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

**3. La *ratio decidendi* concebida como la formulación de una regla general**

Se sabe que la teoría del precedente judicial fue un producto de exportación, proveniente del derecho anglosajón, en el que predomina *«…la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos»[[27]](#footnote-27),* marca de origen que no ha impedido, sin embargo, su *«nacionalización»*, mediante el estudio jurisprudencial adelantado, principalmente, por la Corte Constitucional, acompañada siempre por el Consejo de Estado.

En ese orden, se ha reconocido que el precedente judicial, o mejor sus efectos vinculantes, se circunscriben al *decisum* de las providencias y a su *ratio decidendi[[28]](#footnote-28)*, entendida como la regla que permite la definición del caso sometido a consideración de las altas Cortes, pues, en Colombia, solo éstas se encuentran habilitadas para fijar posiciones jurisprudenciales.

Dentro de las características que han sido reconocidas a la *ratio decidendi*, interesa resaltar tres en particular, así:

En primer lugar, la *ratio decidendi* dispone, según el Consejo de Estado[[29]](#footnote-29), de una naturaleza proteiforme, pues, en algunos casos, prohíbe; en otros, habilita; en otros tantos, autoriza; e incluso, prescribe; rasgo particular que no resulta sorprendente si se lo evalúa en el universo de la norma o la regla jurídica, de origen jurisprudencial en lo que respecta al precedente.

En segundo lugar, esta figura foránea cuenta con una vocación que persigue, en todos los casos, la generalidad. Se entiende que la teoría de la vinculatoriedad del precedente pende, como lo afirma Victoria Iturralde Sesma, de *«…su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación»[[30]](#footnote-30)*, lo que no impide concederle a la regla que se fija un carácter abstracto, cuya formulación es general, es decir, va más allá de las particularidades fácticas propias del asunto que se trata.

Ello, ha sido reconocido por esta Corporación en los términos que se transcriben enseguida:

«Entonces, cuando se alude a una razón de la decisión planteada de forma genérica, realmente, se apunta a una regla jurisprudencial que pueda ser comprendida, aun sin las especificidades del caso concreto…»[[31]](#footnote-31).

E incluso también por la Corte Constitucional, como lo reiteró en la sentencia SU 072 de 2018[[32]](#footnote-32):

«… la *ratio decidendi* es el conjunto de razones expuestas en la parte motiva de la sentencia que se erige en la regla definitoria del sentido de la decisión y su contenido específico[[33]](#footnote-33); en otras palabras, es *“la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva.”[[34]](#footnote-34)*»[[35]](#footnote-35).

Así las cosas, la *ratio decidendi* busca la generalidad para inscribirse como una regla más que deberá ser observada por los operadores judiciales a la hora de procurar el servicio público esencial de la administración de justicia.

Finalmente, la *ratio* es el producto de la interpretación propia de la labor judicial que se explica por dos razones fundamentales. La primera relativa al instrumento que utiliza la ley para prescribir sus mandatos, consistentes en prohibiciones y autorizaciones etc., a saber, el lenguaje, objeto siempre de hermenéuticas, vista la vaguedad de algunas de sus formas, como ha sido analizado por la filosofía lingüística a la cabeza de Ludwing Wittgenstein en su obra «*Tractatus Lógico-philosophicus»*, aparecida en 1921. En segundo lugar, por lo proteiforme de los hechos que se presentan al juez, que disponen constantemente de particularidades que llevan a soluciones diversas y, por consiguiente, a interpretaciones especiales de las normas para la resolución de las temáticas que de allí surgen.

Precisado ello, ¿cuál fue la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, que, con vocación de generalidad, que allí se estableció?, sin duda alguna, **el carácter salarial de la prima de riesgo que irradia no solo el universo pensional, sino también el campo de lo laboral y, por ende, el de las reclamaciones de reliquidación que recaen sobre prestaciones distintas a la que pretenden satisfacer la contingencia de la vejez y la incapacidad.**

En ese orden, la sentencia cuestionada emanada del Tribunal Administrativo del Cauca y de la que me aparto con este salvamento de voto desconocieron los preceptos que fundan la teoría del precedente judicial, y en particular el presupuesto de la *ratio decidendi* que, lejos de limitarse a los supuestos fácticos que dan origen al mismo, persigue un grado de generalidad, propio de su naturaleza normativa, esto es, regulatoria de comportamientos, sin que ello signifique que se trate de una de las fuentes formales del derecho, a las voces del artículo 230 constitucional, como pasa a demostrarse:

**4. De la validación de la aplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia de 1º de agosto de 2013 al caso del tutelante**

La Corte Constitucional, en sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que esta Sala tiene en cuenta como criterio auxiliar, estableció los presupuestos que determinan, o mejor, validan la aplicación de una regla jurisprudencial a un caso posterior.

Al respecto, explicó:

«En esos términos, cuando se trata de validar la aplicabilidad de un precedente judicial a un asunto en particular, resulta necesario que el operador jurídico verifique que “… (i) En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente».

En el cuadro que se sigue, se demuestra el por qué, en el asunto conocido por el Tribunal Administrativo del Cauca, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación sí resultaba aplicable:

| **Presupuesto de aplicabilidad** | **SU 1º de agosto de 2013** | **Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca** |
| --- | --- | --- |
| En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. | Determinar el carácter salarial de la prima de riesgo y su respectiva inclusión en la base de liquidación pensional del demandante. | Determinar el carácter salarial de la prima de riesgo y su respectiva inclusión para la reliquidación de las prestaciones sociales –distintas a la pensión– que obtuvo el accionante como consecuencia de su vinculación con el DAS. |
| La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante | ¿Cuál es la naturaleza de la prima de riesgo para establecer si procede o no su inclusión al interior del IBL de la parte actora? | ¿Cuál es la naturaleza de la prima de riesgo para establecer si procede o no la reliquidación de las prestaciones sociales a las que tenía derecho el actor? |
| Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente | Reliquidación pensional a partir de la naturaleza de la prima de riesgo. | Reliquidación prestacional a partir de la naturaleza de la prima de riesgo. |

En conclusión el *a quo* del contencioso enjuiciado y el fallo de tutela del cual disiento, desconocieron la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, según la cual la prima de riesgo sí constituía factor salarial, sí era aplicable para la resolución de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por el señor **NELSON JAVIAN YONDAPIZ MEDINA** contra el DAS, pues existía entre los casos identidad fáctica y jurídica, siempre y cuando aquel cumpliera con los presupuesto legales para tener derecho a la prima de riesgo.

Por lo anterior, considero que se configuró el defecto por desconocimiento del precedente alegado.

**5. Conclusiones**

Por lo anterior, las conclusiones a las que debió arribar la Sala en la decisión de la cual me aparto eran:

**1.** La prima de riesgo sí constituía factor salarial, a la luz de la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, y, en consecuencia, sí era aplicable para la resolución de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por el tutelante contra el DAS, pues existía entre los casos identidad fáctica y jurídica.

**2.** De no estarse seguro respecto del alcance de la *ratio decidendi* erigida por la Sección Segunda en la decisión de 1º de agosto de 2013, la providencia del Tribunal Administrativo del Cauca debió acoger un criterio proteccionista y acorde a los postulados de nuestra Constitución Política.

**3.** Por ende, la acción de tutela presentada por el señor **NELSON JAVIAN YONDAPIZ MEDINA** tenía total vocación de éxito y, en consecuencia, el fallo de primera instancia proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C debió haber sido revocado, para en su lugar, **amparar** el derecho fundamental al debido proceso de este.

En estos términos, dejo presentado mi salvamento de voto.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

1. 2 Con negrillas en texto original. [↑](#footnote-ref-1)
2. Con negrillas dentro del texto original. [↑](#footnote-ref-2)
3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Patrimonio Autónomo de Remanentes, representado por la Fiduprevisora S. A. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 50 y 51. [↑](#footnote-ref-4)
5. Abogado Orlando Sepúlveda Otálora, quien contestó y presentó los soportes de representación del caso para ambas entidades, en el expediente digitalizado visibles a folios del 61 y siguientes (poder de la ANDJE, el cual tiene la fecha de radicación), folio 70 y siguientes (poder de la Fiduprevisora S. A.) y 96 a 102 (contestación). [↑](#footnote-ref-5)
6. El título en negrilla dentro del texto original. [↑](#footnote-ref-6)
7. *«En este mismo sentido, en un asunto similar al que hoy se resuelve, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló: ‘Concluye esta Sala de Decisión que no era dable al juez constitucional de primera instancia ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicar ciertas pautas jurisprudenciales referidas a los requisitos necesarios para proceder a una reliquidación pensional, cuando lo que*  [↑](#footnote-ref-7)
8. *«Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política».* [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-9)
10. El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado. 13 *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia T - 762 de 2011. [↑](#footnote-ref-12)
13. 1) Sección Primera, sentencia del 01 de agosto de 2019, expediente 11001-03-15-0002019-03127-00.

2) Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 29 de agosto de 2019, proceso 11001-

03-15-000-2019-01686-01, del 12 de septiembre de 2019, tutela 11001-03-15-000-2019-0350800, del 15 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-03435-00 y del 26 de septiembre de 2019, acción 11001-03-15-000-2019-03262-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 2646 de 1994. Artículo 4º. «*La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994*». [↑](#footnote-ref-14)
15. En este mismo sentido se pronunció la Sala en la sentencia de 13 de febrero de 2020, magistrada ponente Rocío Araújo Oñate, radicado 11001-03-15-000-2020-00037-00. [↑](#footnote-ref-15)
16. Decreto 2646 de 1994 *«por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad»*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

 [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver, por ejemplo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-15-000-2019-02280-00. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Sentencia de 20 de junio de 2019. Igualmente: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-15-000-2018-00066-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 8 de marzo de 2018. [↑](#footnote-ref-18)
19. En ese orden, ver: Decreto nº. 2646 de 1994. Artículo 4º. “La Prima a que se refiere el presente Decreto **no constituye factor salarial** y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.” (Negrilla fuera de texto) [↑](#footnote-ref-19)
20. Accionante: Héctor Enrique Duque Blanco. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. [↑](#footnote-ref-20)
21. «*Decreto 2646 de 1994. Artículo 4º. «La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994*». [↑](#footnote-ref-21)
22. Cursiva del original. [↑](#footnote-ref-22)
23. «*Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve*». [↑](#footnote-ref-23)
24. Énfasis del original. [↑](#footnote-ref-24)
25. Énfasis no es del original. [↑](#footnote-ref-25)
26. Énfasis no es del original. [↑](#footnote-ref-26)
27. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. «*Compendio de Derecho Administrativo*». Ed. Universidad Externado. [↑](#footnote-ref-27)
28. Y así lo ha aceptado esta Sección: Cfr. (i) sentencia de 5 de febrero de 2015, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 11001-03-15-000-2014-01312-01, actor: FIDEL DE JESUS LAVERDE Y OTRA; y (ii) sentencia de 19 de febrero de 2015, M. P. Alberto Yepes Barreiro, expediente No. 11001-03-15-000-2013-02690-01, actor: JOSELÍN FLÓREZ PEÑA. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-28-000-2016-00025-00. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. [↑](#footnote-ref-29)
30. «*El precedente en el Common Law*»*.* Pp. 33-39 [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-28-000-2016-00025-00. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. [↑](#footnote-ref-31)
32. M. P. José Fernando Reyes Cuartas. [↑](#footnote-ref-32)
33. «*Sentencia T-292 de 2006*». [↑](#footnote-ref-33)
34. «*Sentencia SU-047 de 1999»*. [↑](#footnote-ref-34)
35. Énfasis del original. [↑](#footnote-ref-35)