



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., marzo primero (1º) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2017-02843-01

ACTOR: JESÚS RAFAEL PÉREZ ACOSTA

DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir las impugnaciones presentadas por la autoridad judicial demandada y la UGPP, en contra del fallo de 6 de diciembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que accedió al amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición

La parte accionante, ejerció acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con escrito radicado el 27 de octubre de 2017, en la Secretaría General de esta Corporación, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad «*en conexidad con el acceso a la administración de justicia*», los cuales consideró vulnerados con la providencia del 27 de abril de 2017, emitida por la referida autoridad judicial, con la cual se revocó la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con la finalidad de que se le reliquidara su pensión de vejez con inclusión de la totalidad de



los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

En consecuencia, la parte actora pretende:

«SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordenen dejar sin efecto la providencia de segunda instancia calendada el 27 de abril de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera (sic) – Subsección 'A'...en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 110013335022-2015-00293-02, en el que actué como demandante, siendo demandada la ...UGPP.

TERCERO: Se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera (sic) – Subsección 'A' proferir un nuevo fallo ajustado derecho, teniendo en cuenta lo nombrado en el ordenamiento jurídico y en los precedentes jurisprudenciales vigentes, en el que confirme el fallo de primera instancia, proferido por el Juez 22 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, en audiencia del 16 de agosto de 2016, dentro del radicado No. 110013335022-2015-00293-00.»

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), desde el 20 de enero de 1989 hasta el 31 de agosto de 2010, en los cargos de detective alumno, rural, agente y profesional.

Indicó que mediante Resolución UGM022032 del 23 de diciembre de 2011, Cajanal EICE en Liquidación le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, pero solo con inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios.

Agregó que con ocasión del recurso de reposición que presentó en contra de la precitada resolución, dicha entidad a través de la Resolución UGM 039092 del 21 de marzo de 2012, confirmó el



anterior acto administrativo, con fundamento en la Ley 100 de 1993, así como en los Decretos 691 y 1158 de 1994.

Añadió que el 17 de marzo de 2015 presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la UGPP, en calidad de sucesora de la extinta Cajanal, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 22 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá.

Agregó que la entidad demandada con su contestación hizo énfasis en la aplicación del Decreto 1158 de 1994 y al artículo 3° de la Ley 100 de 1993 y que, ya en la audiencia inicial celebrada el 16 de agosto de 2016, nunca fue objeto del debate la aplicación del artículo 13 del Decreto 1835 de 1994.

Precisó que el aludido Juzgado con sentencia del 16 de agosto de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que ordenó la reliquidación pensional deprecada, en los siguientes términos:

«Tercero: ...reconocer y pagar al demandante... [la] pensión de vejez de conformidad con la Ley 860 de 2003 y los Decretos 1835 de 1994, 1933 de 1989, 1045 y 1047 de 1978, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior al retiro oficial del servicio (01 DE SEPTIEMBRE DE 2009 al 31 DE AGOSTO DE 2010), conforme se consideró en la parte motiva; así como la INDEXACIÓN DE LAS SUMAS de dinero que reconoció, liquidó y pagó la prestación pensional, desde la primera mesada, en cumplimiento de la RESOLUCIÓN No. UGM 022031 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2011, trayendo a valor presente la base de la liquidación los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro del servicio oficial...

«Cuarto: CONDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-, a pagarle al demandante ...los factores ya reconocidos: (i) ASIGNACIÓN BÁSICA y (ii) BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, más los factores que se ordena reconocer (i) PRIMA DE SERVICIOS, (ii) PRIMA DE NAVIDAD, (iii) PRIMA DE VACACIONES y (iv) PRIMA DE RIESGO trayendo a valor presente los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al retiro oficial del servicio (01 DE



*SEPTIEMBRE DE 2009 AL 31 DE AGOSTO DE 2010)
...Aclarándose que las primas percibidas de manera semestral o anual, deberán computarse en una sexta (1/6) o una doceava (1/12) parte, respectivamente; valores que se deberán indexar de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, conforme a lo establecido en el artículo 187 inciso final de la Ley 1437 de 2011...»*

Manifestó que la entidad demandada presentó un recurso de apelación en contra de la anterior decisión, dentro del cual, tampoco se argumentó jurídicamente la aplicación del artículo 13 del decreto 1835 de 1994.

Agregó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 27 de abril de 2017, revocó el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

«De las anteriores proposiciones normativas se deduce que para ser beneficiario del régimen de transición especial del DAS se requiere: i) Ejercer el cargo de detective; ii) haberse vinculado con anterioridad al 3 de agosto de 1994; y iii) haber cotizado como mínimo 500 semanas al 29 de diciembre de 2003 (fecha en la cual entró en vigencia la Ley 860 de 2003); quienes tendrán derecho a que se les reconozca la pensión en los términos de los artículos 1° del decreto 1047 de 1978 y 10 del Decreto 1933 de 1989 en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto, y el IBL previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 por remisión expresa del artículo 13 del Decreto 1835 de 1994.

...

4. Caso concreto. Se evidencia entonces, que el demandante cumple, efectivamente, con las condiciones exigidas para ser beneficiario del régimen de transición especial establecido en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003 que remite al Decreto 1835 de 1994, pues desempeñó el cargo de detective profesional 207-10, adicionalmente al 3 de agosto de 1994, ya venía vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS' (20 de enero de 1989), y al 29 de diciembre de 2003, tenía más de 500 semanas de cotización (769 semanas), por lo que su pensión debe ser reconocida de acuerdo con el régimen especial para



funcionarios de esa entidad, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto.

Ahora, respecto al IBL se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, que remite en forma expresa al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que dispone...tal como lo manifestó la entidad en los actos acusados.

Resulta pertinente indicar que la posición de la Sala en casos análogos era reliquidar la pensión en los términos de los artículos 1° del Decreto 1047 de 1978 y 10 del Decreto 1933 de 1989, es decir, con el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, pero se reexaminó la anterior posición y ahora se da aplicación a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994 que remite en forma expresa al IBL de la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, el demandante tenía derecho a que la entidad demandada le tuviera en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto, en los términos de los artículos 1° del decreto 1047 de 1978 y 10° del Decreto 1933 de 1989, y el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y no con el último año de servicio como fue ordenado por el a quo, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia.»

3. Fundamento de la petición

Para la parte demandante con la providencia demandada se incurrió en un defecto sustantivo por la «*indebida aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico*» y la «*indebida aplicación de la norma derogada*», además que con dicha decisión se desconoció el precedente trazado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 1° de agosto de 2013¹, que analizó el régimen pensional de los empleados del extinto DAS y unificó criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo.

Manifestó que le es aplicable el régimen de transición previsto en el párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 860 de 2003, vigente a partir del 29 de diciembre de ese mismo año, pues i) se desempeñó como detective del DAS, la cual es catalogada como una actividad de alto

¹ Emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11).



riesgo, ii) se vinculó a la entidad el 20 de enero de 1989, esto es, con anterioridad al 3 de agosto de 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994, y iii) para el 29 de diciembre de 2003, contaba con 764 semanas de cotización.

Precisó que a los detectives del extinto departamento administrativo, en sus distintas modalidades, que ingresaron con anterioridad al 4 de agosto de 1994, no se les aplica el Decreto 1835 de 1994, en la medida que la misma norma así lo contempló en el inciso 1° del artículo 4° del Decreto 1835 de 1994, al remitir a las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993.

Resaltó que el inciso 2° del precitado artículo se debe aplicar a *«...los otros funcionarios que hacían parte de la planta global del personal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, como eran los directivos, los administrativos, los de servicios generales, etc., que si bien pertenecían a la institución, no ostentaban los cargos de detectives en sus distintas denominaciones, ni ejercían las funciones de estos»*.

Indicó que, por lo anterior, la norma especial, anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es el Decreto 1933 de 1989, cuyo artículo 10 confirmó en su inciso segundo que el régimen pensional de jubilación para los detectives, agente, profesional o especializado, que cumplieran funciones de dactiloscopistas en sus diferentes nominaciones era el establecido en el Decreto 1047 de 1978, norma esta que sería aplicable a los detectives en sus diferentes nominaciones y grados.

Refirió que la sentencia demandada vulneró el principio de legalidad por la errónea interpretación que ni siquiera fue motivada, al decidir con fundamento en una norma que no integraba la normatividad pensional aplicable al accionante.

Agregó que la autoridad judicial demandada de manera indebida aplicó una norma derogada, puesto que el Decreto 1835 de 1994 fue derogado por los Decretos 2090 (artículo 11) y 2091 de 2003 y que además, este último fue declarado inconstitucional con la sentencia C-1056 de 2003.



Indicó que la Ley 860 de 2003 no revivió el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, tal como lo explicó el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2006 al absolver la consulta que hiciera el director del DAS en su momento a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Afirmó que con la sentencia demandada también se desconoció el precedente judicial que la Sección Segunda del Consejo de Estado trazó en relación con los trabajadores del extinto DAS, dentro de las cuales se encuentra la sentencia del 1° de agosto de 2013, emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11)², con actor Héctor Enrique Duque Blanco y como demandado la Caja Nacional de Previsión Social. Al respecto, hizo referencia a múltiples decisiones dentro de las que se citan las siguientes:

- i) Del 10 de noviembre de 2010 (proceso 25000-23-25-000-2005-00052-01), del 7 de abril de 2011 (expediente 76001-23-31-000-2007-00249-01) y del 22 de abril de 2015 (expediente 25000-23-25-000-2009-00175-01), con ponencias del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- ii) Del 15 de noviembre de 2011 (expediente 11001-03-15-000-2011-01438-00) y 23 de agosto de 2012 (proceso 76001-23-31-000-2003-03702-01), consejero ponente Alfonso Vargas Rincón.
- iii) Del 20 de febrero de 2012 (proceso 11001-03-15-000-2012-00081-00), con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve.
- iv) Del 14 de abril de 2016 (expediente 11001-03-25-000-2014-00794-00), con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter.
- v) Del 29 de septiembre de 2016 (proceso 73001-23-33-000-2013-00365-01) y del 18 de septiembre de 2017 (números internos 2886-2014, 4538-2014, 2179-2014, entre otros), con ponencias del magistrado Gabriel Valbuena Hernández.

² Con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve.



4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante providencia del 3 de noviembre de 2017 se admitió la solicitud de amparo y, se ordenó notificar a la autoridad judicial demandada y dispuso la vinculación del Juzgado 22 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), como terceros con interés.

Asimismo, ordenó la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

5. Argumentos de defensa

5.1 Magistrados que integran la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

A pesar de su notificación³, guardaron silencio.

5.2 Juzgado 22 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá

A través de memorial recibido el 15 de noviembre de 2017, solicitó que se le exonere de toda responsabilidad, ya que con su decisión no vulneró los derechos fundamentales de la parte actora, pues por el contrario accedió a las pretensiones de la demanda ordinaria que aquella interpuso y fue en segunda instancia que se revocó.

5.3 UGPP

Mediante escrito recibido el 16 de noviembre de 2017, el subdirector de Defensa Judicial de dicha entidad se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que con la sentencia demandada se tuvo en cuenta el precedente de la Corte Constitucional trazado con las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, que establecieron unas reglas respecto de la exclusión del ingreso base de liquidación para las personas cobijadas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

³ Folios 109 y vuelta.



Solicitó que se declare la improcedencia de la solicitud de amparo, puesto que la finalidad de la parte actora es convertir este medio en una tercera instancia que revisa las decisiones judiciales ya ejecutoriadas.

5.4 La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, pese a su notificación⁴, guardó silencio.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante fallo del 6 de diciembre de 2017, accedió a la solicitud de amparo, por los siguientes motivos:

Hizo referencia a la normatividad sobre el régimen pensional especial de los empleados del extinto DAS, así:

«3.4.1. El Decreto 1047 de 7 de junio de 1978⁵ estableció un régimen especial de pensiones para quienes ejerzan funciones de dactiloscopistas y/o detectives en el DAS, al consagrar en sus artículos 1º y 3º que tendrán derecho a gozar de una pensión de jubilación con 20 año de servicio, continuos o discontinuos, y cualquier edad.

A su turno el Decreto 1933 de 28 de agosto de 1989⁶ en su artículo 1º señaló que: ‘Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de

⁴ Folios 111 y 112.

⁵ “Por el cual se determina el régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad”. Dicen los artículos 1º y 3º del Decreto 1047 de 1978:

“ARTICULO 1o. Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.(...)”

“ARTÍCULO 3o. Para los fines del presente Decreto se entiende por dactiloscopista el empleado público que en forma permanente y continua, recoge, analiza, interpreta, confronta y clasifica huellas digitales con fines investigativos o de identificación, o desarrolla cualesquiera de las diferentes actividades técnicas que deben cumplir los dactiloscopistas en su condición de miembros de la Policía Judicial y como auxiliares de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público en la investigación de hechos delictivos”.

⁶ “Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”.



1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece’.

En el artículo 107 *ibídem* se consagró un régimen general de pensiones para los empleados del DAS (inciso primero) y uno especial para quienes cumplan funciones de dactiloscopistas y detectives (inciso segundo).

En cuanto a los factores que han de considerarse para liquidar las pensiones de jubilación, el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, previó:

‘ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;

...

Entre tanto, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 ordenó al Gobierno Nacional expedir el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo.

Con base en dicha facultad se expidió el Decreto 1835 de 3 de agosto de 1994, y en su artículo 2º se señalaron las actividades consideradas como de alto riesgo, entre las que se encuentran las siguientes:

⁷ “ARTÍCULO 10. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones”.

⁸ “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”.



'ARTICULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS:

Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente⁹.

En el artículo 3º se consagraron, para quienes ingresaran a partir de la vigencia del Decreto 1835 de 199410, los requisitos para que los servidores del DAS que desempeñan actividades de alto riesgo obtuvieran la pensión de vejez.

Sin embargo, en el artículo 4º ídem se previó un régimen de transición para los que estuvieren vinculados con antelación a su vigencia, en los siguientes términos:

'ARTICULO 4o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2º de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador'...

Finalmente, se expidió la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003¹¹ que en el párrafo 5º del artículo 2º, estipuló un régimen de transición en los siguientes términos:

⁹ El aparte subrayado fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2091 de 2003. Este Decreto, a su vez, fue declarado inexecutable a partir de su promulgación, mediante sentencia C-030 de 28 de enero de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Fue publicado en el Diario Oficial No. 41.473, del 4 de agosto de 1994

¹¹ "Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones".



'PARÁGRAFO 5°. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. LOS DETECTIVES VINCULADOS CON ANTERIORIDAD AL 3 DE AGOSTO DE 1994 QUE A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA PRESENTE LEY HUBIEREN COTIZADO 500 SEMANAS LES SERÁN RECONOCIDA LA PENSIÓN DE VEJEZ EN LAS MISMAS CONDICIONES DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDAS EN EL DECRETO 1835 DE 1994'. (Mayúsculas no son de la norma transcrita).

...»

Refirió que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en fallo de unificación del 1º de agosto de 2013¹² estableció la forma cómo se deben efectuar los reconocimientos pensionales de dichos empleados.

Agregó que con dicha decisión se señaló que para el caso de los dactiloscopistas en los cargos de detectives agentes o especializados y detectives en general era aplicable lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1047 de 1978 y que para determinar el IBL para la pensión de jubilación prevista en su artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, debían tenerse en cuenta los factores salariales indicados en el artículo 18. Afirmó que con el mencionado pronunciamiento se sostuvo que la prima de riesgo constituía factor salarial, pese a que el Decreto 2646 de 1994 le restaba tal carácter.

Adujo que tal línea se había mantenido, pues en reciente pronunciamiento del 22 de abril de 2015¹³, se recordó que el artículo 2º parágrafo 5º de la Ley 860 de 2003 reenvía al régimen de transición previsto en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994, de manera que debían respetarse al actor para efectos de su pensión la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previstos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que no son otras que los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

¹² Expediente No. 440012331000200800150 01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Enrique Duque Blanco. Demandado: Cajanal (hoy UGPP)

¹³ Radicación 25000 23 25 000 2009 00175 01 (1520-2013), CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor. Ancízar Martínez Ospina. Demandado: Cajanal (hoy UGPP).



Precisó que al demandante no le resultaba aplicable la Ley 33 de 1985, en tanto que están excluidos de su aplicación aquellos que tienen un régimen pensional especial¹⁴.

Consideró que una vez revisada la providencia objeto de censura, y contrastada con el recuento normativo y jurisprudencial sobre el régimen pensional especial de los detectives del DAS, se advertía que se configuran los defectos que alegaba el actor, puesto que si bien en la providencia cuestionada se hizo mención a las normas resaltadas en el recuento normativo precedente, el Tribunal no aplicó su correcto entendimiento en los términos que lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado y ni siquiera hizo la más mínima referencia a los precedentes del órgano de cierre, pues simplemente con la decisión acusada se anotó:

«... la posición de la Sala en casos análogos era reliquidar la pensión en los términos de los artículos 1º del Decreto 1047 de 1978 y 10 del Decreto 1933 de 1989, es decir, con el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, pero se reexaminó la anterior posición y ahora se da aplicación a lo previsto en el artículo 13 del decreto 1835 de 1994 que remite en forma expresa al IBL de la Ley 100 de 1993».

Manifestó que la autoridad judicial demandada sostuvo que el demandante tenía derecho a que se le tuviera en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto, en los términos de los 1º del Decreto 1047 de 1978 y 10 del Decreto 1933 de 1989, pero que el IBL correspondía al previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, de manera que se encontraba ajustado que para el reconocimiento de la pensión del actor se le hubiera promediado sobre factores cotizados en los últimos 10 años, del 1º de noviembre de 1989 al 30 de octubre de 2009.

Añadió que el Tribunal demandado debía acoger el precedente de la Sección Segunda en materia de reliquidación pensional para este tipo de servidores del DAS, en concreto la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación del 1º de agosto de

¹⁴ Así se deriva del inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.



2013¹⁵ que fue referenciada por el actor, donde se explicó la forma de liquidar esas pensiones y también se ocupó de la inclusión de la prima de riesgo como factor a tener en cuenta dentro de la misma.

Resaltó que quienes son beneficiarios de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1853 de 1994, como es el caso del accionante, quedan amparados en todo por el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, ante la existencia de «... *una norma 'especial' con fuerza de ley regula este aspecto pensional para el personal señalado, no es posible recurrir a otras disposiciones de carácter 'general' que también regulan factores pensionales, salvo situación especial que se pueda presentar y que deba ser analizada en concreto*».

Concluyó que el Tribunal hizo una errada interpretación del artículo 4º del Decreto 1853 de 1994, y una contraevidente y arbitraria aplicación del artículo 13 del mismo, en tanto que la remisión que este último hace al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es para aquellos que ingresaron a desempeñar actividades de alto riesgo después que entró en vigencia ese Decreto (4 de agosto de 1994), o para quienes pese a haber ingresado antes de esa fecha, no tuvieron al 29 de diciembre de 2003 500 semanas cotizadas (parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003).

Sostuvo que ese no era el caso del actor, pues, como el mismo Tribunal lo estableció, el señor Jesús Rafael Pérez Acosta no solo ingresó al DAS con antelación al 4 de agosto de 1994, en calidad de detective por más de 20 años, sino que para el 29 de diciembre de 2003, contaba con 769 semanas de cotización, de manera que su pensión debía ser reconocida, incluido el IBL, con aplicación plena de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

7. Las impugnaciones

7.1 Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (magistrado ponente de la decisión cuestionada)

¹⁵ Expediente 440012331000200800150 01, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Enrique Duque Blanco.



Mediante escrito recibido el 18 de diciembre de 2017, el magistrado ponente de sentencia demandada solicitó se revoque el fallo de tutela de primera instancia, que accedió a la solicitud de amparo.

Recalcó que si bien el régimen de transición, para el caso concreto, respetó la edad, el tiempo de servicios y el monto previsto en las normas anteriores, esto es, los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, ello no ocurrió así para el IBL, en tanto que el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994¹⁶ remitió de forma expresa al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que tampoco desconoció la referida sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013, puesto que con dicha providencia no se hizo pronunciamiento alguno respecto de la remisión expresa al IBL de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994.

7.2 UGPP

Mediante escrito recibido el 19 de diciembre de 2017, el subdirector de Defensa Judicial Pensional de la entidad, manifestó que la sentencia cuestionada debía permanecer incólume, por las siguientes razones:

Sostuvo que con la providencia acusada se tuvo en cuenta el precedente no solo de la Corte Constitucional¹⁷ sino del Consejo de Estado¹⁸, relacionado con el régimen de transición, pues de no hacerlo se generaría un «...*absoluto detrimento a la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional por la evidente irregularidad sustancial en la orden impartida*».

Reiteró que la decisión cuestionada se ajustó al ordenamiento legal que regula el asunto relacionado con las reliquidaciones pensionales con base en lo devengado en el último año de servicios con inclusión solo de los factores salariales señalados en la norma.

¹⁶ El cual contempló el régimen de transición para funcionarios del DAS que desempeñaran actividades de alto riesgo.

¹⁷ Hizo referencia a las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015.

¹⁸ Citó el fallo del 17 de noviembre de 2016 emitido por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 11001-03-15-000-2016-00625-01.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia que accedió a la solicitud de amparo, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar de conformidad con los cargos expuestos en la impugnación si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 6 de diciembre de 2017 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que accedió al amparo solicitado, al considerar que la autoridad judicial demandada aplicó de forma incorrecta el ordenamiento legal e incurrió en el desconocimiento del precedente invocado por la parte actora.

Para el efecto, habrá de estudiarse, si con la decisión demandada no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la parte actora, puesto que se ajustó al ordenamiento legal vigente y tampoco se desconoció el precedente de la Sección Segunda del Consejo de Estado trazado con la sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013, que analizó la forma cómo se deben liquidar las pensiones de los funcionarios del extinto DAS que desempeñaran actividades de alto riesgo.

3. Caso concreto

Para la parte demandante con la sentencia demandada se incurrió en un defecto sustantivo por la «*indebida aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico*» y la «*indebida aplicación de la norma derogada*», además que con dicha decisión se desconoció el precedente trazado en múltiples decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en especial, en la sentencia del 1° de agosto de 2013, que analizó el régimen pensional de los empleados del extinto DAS y unificó criterios en torno a la naturaleza de la prima de



riesgo.

Por su parte, la autoridad judicial acusada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que su decisión se ajustó a la normatividad que rige la materia y que tampoco desconoció precedente alguno, en tanto que con la citada providencia, de la Sección Segunda, no se hizo pronunciamiento alguno respecto de la remisión expresa al IBL de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994.

El *a quo* accedió al amparo solicitado, al considerar que si bien con la sentencia acusada se hizo mención a las normas resaltadas en el recuento normativo precedente, el Tribunal no lo aplicó de forma correcta, en los términos que lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado y ni siquiera hizo la más mínima referencia a los precedentes del órgano de cierre, pues simplemente concluyó que el IBL para dichos funcionarios no se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 4° del Decreto 1835 de 1994 y en tal sentido, debía darse aplicación a lo consagrado en el artículo 13 *ibidem*, que remitió de forma expresa al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Con sus impugnaciones, tanto la autoridad judicial demandada como la UGPP, en calidad de vinculada, se opusieron al fallo de tutela de primera instancia, al considerar que la sentencia acusada se ajustó al ordenamiento jurídico. El magistrado ponente manifestó también que no desconoció el aludido precedente de la Sección Segunda de esta Corporación, puesto que con dicha providencia no se hizo pronunciamiento alguno respecto de la remisión expresa al IBL de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994.

Para resolver el caso concreto, la Sala advierte que el fallo impugnado debe ser revocado, para en su lugar, declarar la improcedencia respecto de la incongruencia advertida por la parte actora por la aplicación de una norma que nunca fue objeto de solicitud ni de análisis en primera instancia y, negar la solicitud de



amparo en relación con la aplicación del precedente invocado, por las razones que se exponen a continuación:

Previo al estudio de fondo que corresponde, se precisa que si bien la parte actora con su solicitud de amparo hizo referencia a varias providencias de la Sección Segunda de esta Corporación, lo cierto es que el fallo impugnado analizó el caso concreto frente a una decisión en particular, a saber, la del 1° de agosto de 2013, proferida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve y a la reiteración de dicha línea con la sentencia del 22 de abril de 2015, emitida dentro del proceso 25000-23-25-000-2009-00175-01, con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Así las cosas, se encuentra que el Tribunal demandado con su decisión consideró que el actor cumplía con las condiciones exigidas para ser beneficiario de régimen de transición especial establecido en el parágrafo 5° del artículo 2° de la Ley 860 de 2003 que remite al Decreto 1835 de 1994, pues desempeñó el cargo de detective profesional 207-10, adicionalmente al 3 de agosto de 1994, ya venía vinculado al DAS (20 de enero de 1989), y al 29 de diciembre de 2003, tenía más de 500 semanas de cotización (769 semanas).

A su vez, la autoridad judicial demandada señaló que si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición especial del DAS y que por tanto, su pensión debía ser reconocida conforme a los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, esto solo operaba respecto de la edad, el tiempo de servicios y el monto, puesto que el IBL correspondía, por remisión expresa (artículo 13 del Decreto 1835 de 1994), al indicado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el *«...promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años de servicios y no con el último año de servicios como fue ordenado por el a-quo...»*.

Ahora bien, sostuvo el accionante que el Tribunal demandado no podía dar aplicación al artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, que remite de forma expresa al ingreso base de liquidación contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, toda vez que: i) su



aplicación nunca fue objeto de discusión dentro del trámite de primera instancia del proceso ordinario, pues ni siquiera así se solicitó la entidad demandada en la audiencia inicial ni con la apelación que presentó en contra de la sentencia condenatoria que revocó dicha autoridad y, ii) dicha norma fue derogada por los Decretos 2090 y 2091 de 2003, de manera que al fundamentar su decisión justo en aquella se incurrió en una «*indebida aplicación de la norma derogada*» además del defecto sustantivo por la «*indebida aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico*».

Sin embargo, para la autoridad judicial demandada dicho precepto debe aplicarse al caso concreto del actor, puesto que el IBL no se encuentra amparado por el régimen especial que le cobija en razón a los servicios prestados al extinto DAS en calidad de detective.

Por su parte, el *a quo* consideró que con la decisión demandada se había desconocido el precedente de la Sección Segunda, en especial el contenido en la sentencia del 1º de agosto de 2013, puesto que el Tribunal demandado no aplicó en su integridad el ordenamiento jurídico aplicable a la situación pensional del accionante.

Así las cosas, pese a que el juez constitucional de primera instancia encontró cumplidos los requisitos adjetivos de procedencia de las acciones de tutela en contra de providencias judiciales, lo cierto es que tal como la parte actora planteó el cargo relativo a la aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, sería procedente el recurso extraordinario de revisión, previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, específicamente por la causal contenida en el numeral 5º del artículo 250 *ibidem*, debido a la incongruencia advertida entre lo solicitado y lo decidido en sede ordinaria, en tal medida, la Sala considera que frente a dicho argumento no se cumple con el presupuesto de la subsidiariedad.

Respecto del desconocimiento del principio de congruencia como causal de nulidad de la sentencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión, con ponencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro, con providencia del 2 de febrero de 2016, dentro del expediente 11001-03-15-000-2015-



02342-00, indicó:

«En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que la causal de revisión contenida en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA -antes 6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso, artículo 29 constitucional, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio, en específico, la falta de competencia del juez para abordar asuntos frente a los cuales no se podía pronunciar.

Sobre este punto, basta señalar que la Corte Constitucional en relación con este principio y la violación del derecho al debido proceso ha considerado que:

'...El principio de congruencia es uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, 'en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó'...

Fuerza concluir, entonces, que la sentencia debe ser objeto de revisión cuando falta al principio de congruencia, es decir, cuando aquella carece de la coherencia externa o interna, razón suficiente para calificar de inválida la decisión, porque el fallador excede su competencia, la que se repite está determinada por los cargos y pretensiones de la demanda.

Pues bien, estas reflexiones, con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado y en la doctrina de la Corte Constitucional, ratifican la tesis según la cual la congruencia de los fallos es un elemento de validez de los mismos, cuya inobservancia configura la causal de revisión de nulidad originada en la sentencia, artículo 250, numeral 5 del CPACA.

Sin embargo, para la Sala es importante indicar que para que la incongruencia externa o interna pueda generar la invalidez de la decisión debe ser fundamental o radical, es decir, ha de ser de tal



magnitud que no exista remedio distinto a su nulidad.»

De manera que, el análisis normativo correspondiente a la aplicación o no del artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, debe ser ventilado a través del recurso extraordinario de revisión, puesto que para la parte actora existe una incongruencia entre lo pedido y lo fallado en segunda instancia, ya que su análisis nunca se solicitó con la demanda ni fue objeto de estudio en la primera instancia.

Finalmente, debe precisarse que el Tribunal demandado tampoco desconoció la decisión del 1° de agosto de 2013¹⁹, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la medida de que con dicho pronunciamiento si bien se aludió a los presupuestos para acceder al mencionado régimen especial, lo que unificó fue el criterio respecto de la naturaleza de la prima de riesgo como factor salarial, pese a que el ordenamiento jurídico le restaba tal carácter. Al respecto, con la mencionada providencia se señaló:

«Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

...» (subrayado fuera del texto original)

Por las razones expuestas, se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, se declarará la improcedencia precisada anteriormente y se negará la solicitud de amparo, en relación con el desconocimiento del aludido precedente, pues con lo expuesto se descarta la configuración de dicho defecto.

En mérito de 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

¹⁹ Emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01.



FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia del 6 de diciembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que accedió al amparo solicitado y, en su lugar, se declara la improcedencia respecto de la incongruencia advertida por la parte actora por la aplicación de una norma que nunca fue objeto de solicitud ni de análisis en primera instancia y, se niega la solicitud de amparo en relación con la aplicación del precedente invocado, por las razones expuestas en esta providencia.

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

TERCERO: Dentro de los 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

