



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20141030017971-OAJ

Fecha de Radicado: 31-03-2014

Bogotá D.C.,

Doctor

SALVADOR RAMÍREZ LÓPEZ

Subdirector Jurídico Pensional

Unidad Administrativa Pensional de Gestión Pensional y
Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP

Avenida Calle 26 # 69B – 45 Piso 2

Bogotá D.C.

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia.

Respetado Doctor Ramírez:

Según lo previsto en los artículos 614 del Código General del Proceso y 5 del Decreto 1365 de 2013, procede esta Agencia a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de diez y siete (17) peticiones de extensión de jurisprudencia formuladas ante su Despacho en las que se invoca la sentencia del 01 de agosto de 2013, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, con número de radicación 44001233100020080015001 (0070-2011).

Con fundamento en dicha decisión, los peticionarios, ex trabajadores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, solicitan a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Contribuciones y Parafiscales de la Protección Social (en adelante, UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación para que se incluya como factor salarial, la prima especial de riesgo prevista en el Decreto 2646 de 1994.

Dada la similitud de las peticiones en cuanto a la sentencia de unificación objeto de extensión, la pretensión y la normatividad aplicable, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 614 del Código General del Proceso, 19, inciso segundo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA) y 6 del Decreto 1365 de 2013, la Agencia emite el presente concepto previo y lo hace extensivo a los casos que se relacionan a continuación:

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Firmado Digitalmente por AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA

Fecha: 2014.04.01 16:29:10 COT

Asunto: Firmado al Digitalizar en OrfeoGPL



No.	Peticionario	Radicado UGPP	Radicado Agencia	Fecha radicado Agencia
1		20149010350071	20148000136562	17-02-2014
2		20149010353881	20148000136612	17-02-2014
3		20149010353931	20148000136492	17-02-2014
4		20149010360611	20148000141892	18-02-2014
5		20149010361161	20148000141882	18-02-2014
6		20149010379771	20148000147502	19-02-2014
7		20149010375151	20148000147512	19-02-2014
8		20149010375191	20148000147492	19-02-2014
9		20149010376491	20148000147522	19-02-2014
10		20149010427031	20148000163152	24-02-2014
11		20149010412851	20148000163672	24-02-2014
12		20149010414351	20148000163352	24-02-2014
13		20149010416771	20148000163632	24-02-2014
14		20149010427661	20148000170672	25-02-2014
15		20149010471031	20148000181252	27-02-2014
16		20149010496781	20148000193242	03-03-2014
17		20149010496811	20148000192752	03-03-2014

Precisado el propósito de los peticionarios con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo solicitado, corresponde a la Agencia verificar si la citada providencia corresponde al concepto de sentencia de unificación, como lo exige el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) y conforme a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Cabe advertir que de acuerdo con el parágrafo del artículo 5 del Decreto 1365 de 2013, *"La valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

1. Principales consideraciones de la sentencia objeto de extensión

La sentencia del 01 de agosto de 2013, con número de radicación 440012331000200800150-01 (0070-2011) de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se profiere con ocasión de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de la Guajira, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Héctor



Enrique Duque Blanco contra la Caja Nacional de Previsión Social (en adelante, CAJANAL).

El pre citado señor nació el 06 de enero de 1964 y se desempeñó como Detective Agente Especializado grado 11, del extinto Departamento Administrativo DAS del 20 de enero de 1976 al 15 de octubre de 2003, esto es, durante 27 años y 8 meses.

En su análisis, el Consejo de Estado determinó que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, para el reconocimiento y liquidación de su pensión debía aplicarse el régimen especial previsto en la Ley 33 de 1985, en armonía con el artículo 1 del Decreto 1933 de 1989, *"Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad"* que otorga el derecho al pago de una prestación pensional equivalente al 75%, calculada sobre los factores salariales legales devengados en el último año de servicios.

Así mismo, el Decreto 1137 de 1994, derogado por el Decreto 2646 de 1994, reconoció el pago de una prima especial de Riesgo para un grupo de empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en los siguientes términos, señalando de manera expresa que no constituiría factor salarial.

"ARTÍCULO 1o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual."

(...)

ARTÍCULO 4. 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." (Destacado fuera de texto)

En consecuencia, el Consejo de Estado señaló que el problema jurídico en este caso consistía en determinar si el demandante tenía derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que venía percibiendo con inclusión de la prima especial de servicios como factor salarial devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de su retiro del servicio, teniendo en cuenta el régimen pensional especial previsto a favor de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.



Señala la sentencia en estudio que a través del tiempo, han sido evidentes los cambios de jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la consideración de la prima de riesgo como factor salarial o no, para establecer el ingreso base de liquidación de una prestación pensional. Así, en un primer momento según se evidencia en Sentencia de 18 de agosto de 2005, radicado 782-2004, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Subsección B, primó la interpretación literal del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, según el cual, la prima especial de riesgo no constituye factor salarial.

Sin embargo, la anterior interpretación presentó cambios a partir de la sentencia del 10 de noviembre de 2010 con radicado 568-2008, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Subsección A, que le da alcance a la posición mayoritaria de la Sala de la Sección Segunda respecto a la interpretación favorable que merecen las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación a partir de la aplicación de lo dispuesto en el artículo el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, concluyendo en consecuencia que “*(...) si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión*”.

(Destacado fuera de texto)

La situación descrita dejó de presente la necesidad que identificaron los Honorables Consejeros de “*(...) unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo (...)*” de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, pues según lo advirtió la Sala eran diversos los criterios que sobre el particular se tenían al interior de la Sección Segunda, lo que los llevó a manifestar que la “*(...) Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta (...)*” como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez, con base en los siguientes argumentos:

- 1) Se entiende 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 (...)*” y
- 2) Todas las sumas que de manera habitual y periódica percibe el trabajador son factores que integran el salario, “*(...) lo que incide de manera directa en la forma como se establece el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional (...)*”



Es así como, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 01 de agosto de 2013 determinó que: “(...) 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, que 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(...)”¹.

Finalmente, respecto a la aplicación del supuesto previsto en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 (que le niega expresamente el carácter de factor salarial a la prima de riesgo), consideró la Sala que **de aplicarse esta norma en el caso concreto** se vulneraría el derecho a la igualdad del demandante frente a otros casos en donde esa Corporación sí ha reconocido a la prima de riesgo como factor salarial al ser tenido en cuenta para la liquidación pensional, por lo que en el caso concreto estimó conveniente inaplicar la referida norma, en ejercicio de la **excepción de inconstitucionalidad**, prevista en el artículo 4º de la Constitución Política.

Al respecto la Sala expresó:

“En efecto, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las pensiones de jubilación de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, beneficiarios del régimen pensional especial no obstante ello la Sala, para el caso concreto, estima conveniente inaplicar la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, toda vez, que su aplicación a la situación particular del señor Héctor Enrique Duque Blanco vulneraría su derecho a la igualdad frente a los casos en los que la Sala, en atención a la interpretación expuesta en el acápite que antecede, ha considerado que la prima especial de riesgo si tiene el carácter de factor salarial, constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional.” (Destacado fuera de texto)

1 Al respecto señaló la sentencia del 1 de Agosto de 2013 radicado 440012331000200800150 01: “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 tenida en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación¹, 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”.



Sobre este último aspecto determinó la Sala que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto del demandante, señor Héctor Enrique Duque Blanco, se hacía necesaria, ante el mandato expreso contenido en el artículo 4 *ibidem* y, teniendo en cuenta que esa Sala *"no pasa por alto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa puede establecer los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar una prestación pensional de forma amplia, esto es, mediante la inclusión y exclusión de unos y otros, sin que ello constituya una vulneración de los derechos prestacionales de los trabajadores"*². (Destacado fuera de texto)

2. Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada

El artículo 102 del CPACA establece el deber de las autoridades públicas de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el artículo 270 *ibidem*, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009".

Por su parte, el artículo 271 del CPACA establece:

"Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

(...)

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos." (Destacado fuera de texto)

² Sentencia C-279 de 1996 de la Corte Constitucional citada por el Consejo de Estado en la sentencia invocada.



Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia observa que la sentencia objeto de estudio, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado no responde a ninguna de las clases de sentencias indicadas en la norma transcrita.

En efecto, la sentencia invocada por el peticionario en este caso, no decidió un recurso extraordinario ni la revisión eventual en una acción popular o de grupo; tampoco pertenece al primer grupo de sentencias mencionadas en la norma transcrita pues no se trata de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en consonancia con lo establecido por los artículos 270 y 271 del CPACA, como se explicará más adelante.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que las sentencias de unificación proferidas *“por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia”* que relaciona el artículo 270 de dicho Código, requieren de un procedimiento especial, definido en el artículo 271 *ibídem*, que para el caso en estudio, no observó la Sección Segunda de dicha Corporación al proferir la sentencia de 01 de agosto de 2013.

Es así como dispone el artículo 271 del Código bajo análisis, que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, o a las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, proferir este tipo especial de sentencias, para lo cual deberá bien, la Sala Plena de esta Corporación o bien, alguna de sus Secciones, asumir conocimiento del asunto que se encuentre pendiente de fallo, de oficio, o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, según corresponda, o a petición del Ministerio Público.

Entonces, aunque la mencionada sentencia fue emitida con posterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ella la Sección manifestó la necesidad *“de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento de Seguridad, DAS”*, no se evidencia el agotamiento del procedimiento dirigido a otorgarle propiamente la condición de sentencia de unificación en los términos del artículo 271 *ibídem*.

En efecto, el pre citado artículo exige que *“la instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos”*, de lo cual se concluye que para proferir esta tipología especial de sentencias debe mediar una decisión expresa de alguna de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de asumir el conocimiento de un asunto pendiente de fallo *“por razones de importancia*



jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de sentar jurisprudencia”, que provenga de las Subsecciones o Tribunales Administrativos.

Ahora bien, una vez analizada la sentencia invocada se encuentra que ésta fue proferida con el fin de decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, proveniente del Tribunal Administrativo de la Guajira³, sin que se evidencie que se haya agotado el trámite que exige el artículo 271 *ibidem*.

En torno a este punto, resulta oportuno destacar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto del 1º de febrero de 2013⁴, precisó en relación con la competencia de las Secciones de esa Corporación para proferir sentencias de unificación que activen el mecanismo de extensión de jurisprudencia del artículo 102 CPACA, que resulta de obligatoria observancia el procedimiento previsto en el artículo 271 *ibidem*.

Conviene conocer el texto exacto de este argumento:

“En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 íb., el cual no existía para la época en que se expedieron dichas sentencias, y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con la finalidad expresa de constituirse en unificadoras de jurisprudencia o de tener el carácter de una decisión de importancia jurídica o de trascendencia social o económica, respecto de asuntos de los Tribunales” (subrayado fuera de texto).

De otra parte, resulta pertinente advertir que la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012⁵ consideró que las “sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de

³ En ese sentido la sentencia *sub examine* señaló: “Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 11 de agosto de 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de la Guajira, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por HÉCTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.”

⁴ Radicación número 11001-03-27-000-2012-00045-00 (19718), Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁵ Sentencia de 25 de julio de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado". (Destacado fuera de texto)

En el mismo sentido, la Sección Tercera de esa Corporación, Subsección C, en auto del 4 de abril de 2013⁶, precisó que el mecanismo de extensión de jurisprudencia: "(...) tiene como eje de aplicación, una categoría especial de jurisprudencia: la llamada ***Sentencia de Unificación, que viene definida y caracterizada en el artículo 270 del CPACA. Por consiguiente, será esa tipología de sentencia la correspondiente a aplicar a los distintos asuntos puestos a consideración de las autoridades.***" (Destacado fuera de texto)

Se concluye entonces que, si bien es innegable el valor que la sentencia invocada tiene como precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud de lo señalado en los artículos 270 y 271 del CPACA, normas a las cuales debe acudir la Administración para efectos de establecer cuáles sentencias se consideran de unificación, la Agencia dictamina que, la sentencia de 01 de agosto de 2013 no se enmarca en ninguna de las categorías de sentencias de unificación previstas en la ley, idóneas para activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia estima oportuno formular algunas consideraciones sobre la excepción de inconstitucionalidad que consideró necesaria aplicar el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia analizada.

A partir del objeto de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Constitución Política⁷, en virtud de la cual, corresponde al Juez inaplicar en un caso concreto una norma -legal o de inferior jerarquía- contraria a la norma superior, a fin de salvaguardar la supremacía de ésta, se evidencia que el ámbito de aplicación de dicha excepción se restringe a la existencia de un incompatibilidad entre normas.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-614 de 1992⁸ evidenció que el concepto de incompatibilidad es un elemento esencial de la excepción de inconstitucionalidad, al respecto indicó: "Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento". Contrario sensu, el Alto Tribunal Constitucional precisó igualmente que: "si tal incompatibilidad no existe, no

6 Radicación número 11001-03-26-000-2013-00019-00 (46213), Consejero Enrique Gil Botero.

7 Art. 4 Constitución Política "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales".

8 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.



cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.”⁹

Dicho lo anterior, en el caso que fue objeto de análisis por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 01 de Agosto de 2013, la Agencia considera que no se está frente a un supuesto de incompatibilidad normativa, pues tal como lo citó esa Sección en el fallo en comento, esa Sala reconoce la jurisprudencia constitucional que señala la libertad de configuración legislativa para establecer los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar la prestación pensional, “mediante la inclusión o exclusión de unos y otros, sin que ello constituya una vulneración a los derechos prestacionales de los trabajadores”¹⁰.

Por su parte, la Agencia observa que en el caso particular del actor en la sentencia analizada, señor Héctor Enrique Duque Blanco, la excepción de inconstitucionalidad fue aplicada con el fin de evitar una vulneración a su derecho de igualdad, en atención a la interpretación jurisprudencial que en su momento había hecho esa Sección respecto del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en virtud de la cual consideró que pese al contenido expreso de dicha norma, la prima especial de riesgo sí tenía el carácter de factor salarial y en consecuencia tenía incidencia para la liquidación de la mesada pensional. Por tanto, en este evento en criterio de la Agencia se puede concluir que no existe una incompatibilidad entre la Constitución y previsiones legales como las explicadas, sino que se trata de una incompatibilidad generada entre el derecho fundamental a la igualdad y una previsión legal, que tiene origen en una tesis acogida por esa Honorable Corporación.

Por último, la Agencia estima pertinente resaltar que la excepción de inconstitucionalidad al ser una expresión del control de constitucionalidad concreto y difuso, con efectos *inter partes*¹¹ -por oposición al control abstracto de constitucionalidad que es ejercido por la Corte Constitucional y residualmente por el Consejo de Estado en el evento contemplado en el artículo 237, numeral 2, de la

9 Sentencia C-600 de 1988, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

10 Sobre el particular expresó la Sección Segunda: “En este punto la Sala no pasa por alto, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa puede establecer los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar una prestación pensional de forma amplia; esto es, mediante la inclusión y exclusión de unos y otros, sin que ello constituya una vulneración de los derechos prestacionales de los trabajadores. Empero, reitera el Despacho que sustancia la presente causa que, la aplicación del supuesto previsto en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, al caso concreto, vulneraría el derecho a la igualdad del demandante lo que hace necesario su inaplicación en los términos antes expuestos”.

11 Sobre este punto ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-600 de 1998: “En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto *inter partes*, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.”

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



Constitución Política, que sí está dotado de efectos *erga omnes*- únicamente esta llamada a producir efectos en el caso concreto y no puede servir para resolver situaciones distintas a las que fueron objeto de análisis por el juez de conocimiento.

3. Consideraciones Finales

A lo anterior, debe la Agencia llamar la atención sobre el hecho que a la luz del artículo 102 del CPACA que señala: “(...) que para extender los efectos de una sentencia de unificación el interesado presentará petición ante la Autoridad legalmente competente siempre que la pretensión judicial no haya caducado(...). La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...)”. Al respecto, se advierte una situación particular en las solicitudes de extensión de jurisprudencia objeto del presente concepto previo, que deberá ser valorada por la Autoridad Administrativa competente al momento de resolver dichas solicitudes .

Teniendo en cuenta que la extensión de jurisprudencia tiene como finalidad derivar en el reconocimiento de un derecho, se advierte que de la revisión de la documentación aportada, las manifestaciones hechas por los apoderados de los solicitantes, así como los pronunciamientos emitidos por la UGPP, el derecho que reclaman los solicitantes fue decidido de fondo por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de lo cual existen fallos judiciales ejecutoriados y en firme que se refieren a la exclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

Ahora bien, en cuanto a la petición del señor [REDACTED] es preciso llamar la atención en el hecho que la Prima de Riesgo que reclama fue incluida como factor salarial en la reliquidación de la pensión que hiciera la entidad Liquidadora Cajanal, según Resolución RDP 017502 de 29 de noviembre de 2012, que a su vez dio cumplimiento a lo ordenado al fallo proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá, careciendo en consecuencia, su petición de objeto.

De lo anterior se concluye que el objeto de las solicitudes de extensión de jurisprudencia materia del presente concepto previo, que gira en torno a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, fue decidido tiempo atrás de manera definitiva en sede jurisdiccional, habiendo hecho tránsito a cosa juzgada, frente a lo cual, hoy en día no procedería la acción judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la que se refieren los artículos 102 y 269 del C.P.A.C.A., en caso de que no prospere la solicitud de extensión en sede administrativa y judicial.



4. Conclusión y concepto previo de la Agencia

Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia del 01 de agosto de 2013, con radicación número 44001233100020080015001 (0070-2011), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que invocan los peticionarios, no es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, pues no se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA. En consecuencia, en el caso de las solicitudes de extensión formuladas no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "*extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial*". (Destacado fuera de texto)

De igual modo, reitera la Agencia que como lo establece el parágrafo del artículo 5 del Decreto 1365 de 2013, corresponderá a la UGPP en su condición de Autoridad Administrativa competente en los casos concretos, valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho de cada caso concreto y, en ese sentido, determinar los alcances de la cosa juzgada en cada asunto.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 7 del Decreto 1365 de 2013, esto es, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparó: JPACHECO

Revisó: Andrea Carolina Gómez Peña