

Cartagena de Indias D. T y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2014-00058-01
Demandante	JESÚS DAVID SÁNCHEZ BARRANCO
Demandado	FIDUPREVISORA S.A., Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	<i>Revoca – La prima de riesgo no constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales – aplicación del cambio de jurisprudencia adoptado en la sentencia SUJ-027-CE-S2-2022 del 12 de mayo de 2022 C. E.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)², proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³.

3.1.1. Pretensiones⁴.

La parte demandante, en ejercicio del presente medio de control, elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto No. 2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, LA NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-231018,-201317471, notificado el 09/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de

¹ Fols. 20 – 35 cdno 2 exp. Digital

² Fols. 1 – 13 cdno 2 exp. Digital

³ Fols. 1 – 29 cdno 1 exp. Digital.

⁴ Fols. 5 – 6 cdno 1 exp. Digital.

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.

TERCERO: Que la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 CPACA.

CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada."

3.1.2 Hechos⁵.

La parte actora, como soporte de sus pretensiones, expuso los argumentos fácticos que se han de sintetizar así:

Relató que, el señor Jesús Sánchez Barranco laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 31 de octubre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective 06 de área operativa de la Seccional Bolívar, y percibiendo una asignación básica de \$1.119.065. En ese sentido, explicó que, además del salario devengado le era cancelada cada mes la prima de riesgo, equivalente al 35% de su asignación básica mensual, que fue ordenada en el Decreto No. 1933 de 1989, concebida para los empleados del DAS como una contraprestación directa del servicio que no fue excluida como factor constitutivo de salario.

Manifestó que, en atención a la norma anterior, durante toda la relación laboral, el DAS liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.

Seguidamente, señaló que el artículo 4 del Decreto No. 2646 de 1994, debía ser inaplicable por ser contrario a las disposiciones superiores, así como a la jurisprudencia decantada por las altas cortes, especialmente lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2003, en la cual se precisó que la prima de riesgo ostentaba carácter salarial por lo que debía reconocérsele todos los efectos legales; máxime si se tiene en cuenta que, el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, reconoció tácitamente el carácter salarial que tiene la prima de riesgo, al punto de incorporarla a la asignación básica del personal que se habría de incorporar a las entidades receptora, en aras de no desmejorar sus condiciones salariales, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas con su inclusión.

Por último, expuso que, mediante petición del 30 de septiembre de 2013, solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento de la prima de riesgo como factor

⁵ Fols. 1 – 5 cdno 1 exp. Digital.

salarial para todos los efectos legales y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones causadas, así como las que se originen a futuro. El DAS dio respuesta desfavorable a la reclamación anterior, a través de acto administrativo No. E-2310,18-201317471, siendo notificado el 09 de octubre de 2013; aclaró que, en el mismo no se le indicó cuales recursos procedían con lo que se le negó la posibilidad de interponerlos, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación⁶.

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes: artículos 53, 58, y 93 de la Constitución Nacional; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, y la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado.

El concepto de la infracción, se fundamentó en el alcance del concepto salario, que corresponde a todo pago habitual y periódico que percibe el trabajador por causa de la relación laboral o reglamentaria, según lo establecido por la jurisprudencia nacional, la ley, y los tratados internacionales.

Así mismo, se expresó que, en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al unificar criterios en torno a la prima de riesgo pagada a los funcionarios del DAS, consideró que la prima de riesgo sí es factor salarial, y hace parte tanto del IBL como del IBC, independientemente de que el Decreto 2646 de 1991 le niegue tal condición, dado el carácter ordinario y permanente de la prestación,

Sostuvo que, la prima de riesgos fue cancelada en forma habitual y periódica, como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían el personal del DAS; resaltó que, la norma gestora -Decreto 1933 de 1994-, no la excluyó como constitutiva de salario, sino que las normas posteriores – Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994- al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, están en contravía del principio constitucional de los derechos adquiridos contenido en el artículo 58 del estatuto superior, y a su vez una trasgresión al artículo 53 ibidem, por lo que se configura la posibilidad de la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad en los términos del artículo 4 de la Constitución Política..

Anotó que, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formas pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral; por tanto, si la prima de riesgo no es considerada salario a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado y habitual, una

⁶ Fols 6 – 25 cdno 1 exp. Digital.

vez analizadas las circunstancias propias del caso se hará la declaración correspondiente

Finalizó expresando que, el artículo 128 del C.S.T se limitó a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente por mera liberalidad recibe el trabajador y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos, lo que impide que se pueda reclamar ante el Juez competente el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida, pues según el artículo 127 ibidem, ello no depende de las normas legales sino del mismo vínculo laboral, por lo que en caso de demostrarse que el pago tiene por objeto retribuir el servicio prestado, y es percibido de manera habitual, debe reconocerse como factor salarial.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 Departamento Administrativo de Seguridad en supresión – DAS⁷ .

La entidad demandada, se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, y reconoció lo atinente a la existencia del vínculo laboral, así como el pago de la prima de riesgos al accionante, no obstante, negó que dicha prestación tuviera carácter salarial.

Estimó que, si bien el artículo 14 del Decreto 1933 de 1989, no se pronuncia sobre el carácter salarial de la prima de riesgo, los artículos 1 de los Decretos 132 de 1994 y 1137 de 1994, establecieron, de manera expresa que la prima de riesgo no constituía factor salarial, y en igual sentido, lo reafirmó el Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994, norma vigente; circunstancia que ha sido reiterada por el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos. Agregó que, la sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, no es aplicable al caso concreto.

Adujo que, el legislador tiene por mandato constitucional, la autonomía y libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario, sin desconocer los preceptos relacionados en la ley marco y en el Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden, se advierte que el legislador determinó que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que el Presidente de la República al emitir los decretos relacionados con el reconocimiento y pago de la prima de riesgo, lo que está haciendo es desarrollando la Constitución Política, la Ley y demás normas reglamentarias.

Destacó que, los elementos relacionados con la habitualidad y periodicidad de los pagos no son suficientes para determinar un factor como constitutivo de salario, sino que además el mismo debe percibirse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador.

⁷ Fols. 67 – 79 cdno 1 exp. Digital.

Expuso que, el acto acusado no es susceptible de control jurisdiccional, pues la respuesta no constituye una negativa a la petición del demandante y no puede considerarse como una decisión definitiva, por ello no es posible establecer el verdadero alcance de la respuesta de la entidad. Se trata de una comunicación, de carácter exclusivamente de trámite, que no pretende extinguir o modificar derechos.

De igual manera, propuso como excepciones, la inepta demanda por inexistencia del acto administrativo, la caducidad de la acción, la falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de interés para pedir, y las de carácter innominado.

3.3.2 Fiscalía General de la Nación.

No contestó la demanda de la referencia.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸.

Por medio de providencia del 22 de julio de 2016, el Juez Décimo Primero Administrativo de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo las pretensiones de la demanda, así:

“FALLA

PRIMERO: Declarar nulo el acto administrativo contenido en el Oficio DAS.SG.STH.GAP.AGB. E-2310, 18-201317471, proferido por la Subdirectora de Talento Humano del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS (Suprimido)

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocero del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A. - Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad —DAS- y su Fondo Rotatorio y de su beneficiaria la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante (cesantías, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones) entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2011, incluyendo la prima de riesgo en la base de liquidación como un factor salarial.

TERCERO: Las diferencias que resulten de la reliquidación de las prestaciones causadas a partir del 3 de octubre de 2010, serán pagadas al accionante previa actualización que se sujetará a la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el Valor Histórico (Vh), que es la diferencia surgida de la reliquidación de las prestaciones sociales del accionante con la inclusión de la prima de riesgo, desde el

⁸ Fols. 1 – 13 cdno 2 exp. Digital.



momento en que se hizo exigible cada periodo, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el Índice Inicial vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

CUARTO: Se fijan los efectos fiscales de la sentencia a partir del 3 de octubre de 2010 en virtud de la prescripción trienal de la diferencia de las prestaciones causadas con anterioridad a dicha fecha.

QUINTO: Sobre las diferencias que resulten a favor del accionante, se deberán efectuar los descuentos por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y en pensiones al que se encuentre afiliado.

SEXTO: Se condena en costas a la parte demandada y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al 20% del valor de la condena. Líquidense por Secretaría.

SÉPTIMO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda. (...)"

Como sustento de su decisión, el A-quo invocó los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, y providencia del 16 de abril de 2015, según los cuales es procedente reconocer a la prima de riesgo su naturaleza salarial, inaplicando las disposiciones que le desconocen tal carácter.

Bajo esas consideraciones, ordenó reliquidar las prestaciones sociales del actor, teniendo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial, para el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2011. Adicionalmente, precisó que debido a que la petición fue presentada el 02 de octubre de 2013, había operado la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 10 de octubre de 2010, en virtud de la prescripción trienal.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁹.

Fiduprevisora S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo PAP, Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS — y su Fondo Rotatorio, que fue vinculada al proceso como sucesora procesal del DAS, presentó recurso de alzada solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que el operador jurídico no tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. En ese sentido, alegó que la providencia recurrida adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no constituya factor salarial.

Seguidamente, el impugnante hizo un recuento normativo de las leyes y decretos que regulan el tema de la prima de riesgo, para concluir que la misma, desde sus inicios y durante todo su desarrollo normativo no ha ostentado

⁹ Fols. 94 – 109 cdno 2 exp. Digital.

carácter salarial. Lo anterior, fundamentado principalmente en los artículos 16 y 17 del Decreto 1933/89, en el que se describen los factores a tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS.

Expuso que, la jurisprudencia C-279 de 1996, señaló que el legislador tiene cierta autonomía y libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario, y que el Presidente de la República al expedir los decretos reglamentarios de dicha prestación, desarrolla la Constitución Política y su ley marco, razón por la cual se deduce que sus pronunciamientos son decisiones legítimas por tener la facultad de determinar los factores salariales, aspecto que no desconoce los principios superiores en materia laboral de los trabajadores.

Afirmó que, la prima de riesgo sobre las pensiones de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de jubilación, mas no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones, sea contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional en su sentencia C-279 de 1996. Explicó que, la prima de riesgo reconocida en el ordenamiento efectivamente es un ingreso laboral, pero no es un ingreso recibido por el trabajador como contraprestación directa del servicio, sino que la misma ha sido determinada como una retribución por el hecho que el trabajador asuma un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

Finalizó expresando que, el Juez en su providencia se fundamentó en un precedente judicial no vinculante del Consejo de Estado, puesto que el mismo solo es aplicable a la reliquidación pensional, el que a su juicio es un tema distinto al que se debate.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue asignado al Tribunal Administrativo de Bolívar, según acta individual de reparto del 12 de septiembre de 2019¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 21 de noviembre de la misma anualidad¹¹; habiéndose corrido traslado para alegar de conclusión, mediante proveído del 17 de febrero de 2020¹².

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.5.1 parte demandante¹³, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los motivos señalados en la demanda, en el sentido de indicar que la discusión

¹⁰ Fol. 2 cdno 3 exp. Digital.

¹¹ Fols. 4 – 5 cdno 3 exp. Digital.

¹² Fol. 10 cdno 3 exp. Digital.

¹³ Fols. 15 – 25 cdno 3 exp. Digital.

objeto de estudio ya se encuentra zanjada, pues se le ha reconocido carácter salarial a la prima de riesgo, para efectos de liquidar las prestaciones sociales, en diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, y en virtud de la noción amplia de salario.

3.5.2 Fiduprevisora¹⁴ aportó al proceso escrito de alegatos mediante el cual reiteró los argumentos expuestos en la apelación de la sentencia, solicitando que se tuviera en cuenta el fallo de tutela del 02 de julio de 2019, mediante el cual el Consejo de Estado, precisó que mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el criterio adoptado en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, sufrió una modificación, pues en aquella se definió que, en virtud del principio de solidaridad en materia de seguridad social, para todos los regímenes, especiales o no, se tendrían como factores salariales los enlistados en la norma, entre los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

3.5.3 Ministerio Público no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos y los argumentos esbozados en la apelación, corresponde a esta Sala determinar si:

¿El señor Jesús Sánchez Barranco, tiene derecho a que se le reconozca y pague la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo devengada como detective del extinto DAS?

¹⁴ Fols. 26 – 34 cdno 3 exp. Digital.

5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de Decisión REVOCARÁ el fallo de primera instancia, por estar demostrado que el demandante no tiene derecho a la liquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo. Lo anterior, en aplicación al criterio de unificación, de obligatorio cumplimiento, fijado en sentencia SUJ-027-CE-S2-2022 del 12 de mayo de 2022, proferido por el Consejo de Estado, en la cual se estableció que, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el DAS, hasta su supresión, en armonía con lo dispuesto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994, expedidos por el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reguladora del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, facultad que no vulnera los principios y derechos mínimos de los trabajadores, los derechos adquiridos, y el concepto amplio de salario.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. La prima especial de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales diferentes a pensión.

La prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS fue creada por el Decreto 1933 de 1989, su naturaleza está definida por ser una remuneración mensual de carácter permanente. Inicialmente fue reconocida al personal que estaba desempeñando tareas operativas¹⁵, y con el tiempo se extendió a la totalidad del personal, quedando diferenciados, solamente, en cuanto al porcentaje que le corresponde a cada uno dependiendo del cargo¹⁶. Debe tenerse en cuenta que la prima de riesgo se reconocía a un determinado grupo de servidores públicos en virtud de la labor cumplida, sin consideraciones subjetivas o de otra naturaleza distinta a la del servicio prestado, y que la misma, por disposición expresa de las normas que la regulan no constituye factor salarial.

Se resalta que, la actividad de los detectives del DAS se consideró de alto riesgo por el Decreto 1835 de 1994, situación que cambió con la expedición del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003, el cual excluyó a este personal de aquella consideración particular. Sin embargo, con la expedición de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, la prima especial de riesgo, prevista por los artículos 1º y

¹⁵ Decreto 1933 de 1989, "Artículo 4º. Prima de riesgo. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica. Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público."

¹⁶ Al respecto léase el artículo 1 del Decreto 1137 de 1994, y los artículos 1 – 4 del Decreto 2646 de 1994.

2° del Decreto 2646 de 1994, se tuvo en cuenta en el ingreso base de cotización con incidencia pensional de este personal, por disposición del parágrafo 4° del artículo 2¹⁷.

De manera posterior, el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, que ordenó la supresión del DAS estableció en su artículo 7 que, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo. Así, ante el evento de que el empleo al que ingresara el servidor tuviera una asignación básica inferior al valor de ambos conceptos, habría lugar a reconocer la diferencia con una bonificación mensual individual por compensación integrada a aquella y, por lo tanto, la misma sería factor salarial para todos los efectos legales.

En ese punto, se destaca que si bien el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013¹⁸, consideró que la prima de riesgo tenía naturaleza salarial para efectos de la liquidación de la mesada pensional, sustentada en los principios laborales de primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales, la equivalencia de valores prestacionales, y la remuneración mínima y vital, así como el carácter permanente y mensual, contemplado en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, en reciente pronunciamiento, varió la posición jurisprudencial al respecto.

Sobre el particular, se tiene que, mediante sentencia de unificación SUJ-027-CE-S2-2022, proferida el 12 de mayo de la presente anualidad¹⁹, la alta corte definió la siguiente regla jurisprudencial de unificación:

“125. El Gobierno tiene la facultad para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En ejercicio de esta competencia puede definir que determinado emolumento tenga el carácter de factor salarial, para efectos de liquidación de prestaciones sociales, que lo tenga solo para algunas o que carezca de dicho efecto. Por ese solo hecho no se vulneran los derechos de los trabajadores. Tampoco se desconoce el concepto amplio de salario, ante la inexistencia de un imperativo constitucional o convencional que obligue a tenerlo como una limitación de su competencia o que imponga que todas las sumas que lo componen deben ser la base para el cálculo de tales prestaciones.

(...)

¹⁷ “PARÁGRAFO 4o. Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización para los servidores públicos a que se refiere este artículo, estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un 40% de la prima especial de riesgo a la que se refieren los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2646 de 1994

El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, radicación: 440012331000200800150 01(0070-2011)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación SUJ-027-CE-S2-2022, del 12 de mayo de 2022, radicación: 05001-33-33-000-2013-01009-01(2263-2018).



127. En ese orden, el ejecutivo estaba habilitado para expedir las normas que rigen la prima de riesgo, y con ello, disponer que no es factor salarial para liquidar prestaciones sociales, a pesar de su habitualidad y carácter compensatorio. Sin embargo, de manera progresiva amplió este beneficio, primero en el personal al que lo asignó, luego en su porcentaje, más adelante le confirió efectos pensionales (a partir de la Ley 860 de 2003) y, posteriormente, le otorgó plenitud para la liquidación de prestaciones sociales, una vez los servidores del suprimido DAS fueron incorporados a otras entidades públicas, según el Decreto 4057 de 2011.

4. Regla de unificación

De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011."

(...) las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos (...)"

En conclusión, resulta claro que, en aplicación de la regla de unificación antes mencionada, la prima de riesgo no ostenta carácter salarial para liquidar las prestaciones sociales de los servidores que se desempeñaron en el extinto DAS.

5.4.2 La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia de la referencia, indicó que, la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, estudió el carácter vinculante de las grandes Cortes de la siguiente manera:

"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la

sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre, entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- El demandante presentó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013, ante la entidad demandada, solicitando la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo²⁰.
- La subdirectora de Talento Humano, por medio de Oficio No. E-2310,18-201317471, del 02 de octubre de 2013, emitió respuesta a la solicitud incoada por el actor, indicando que la prima de riesgo no es un factor salarial, razón por la cual no accede a su petición²¹.
- Certificado del 17 de octubre de 2013, expedido por el Coordinador Grupo Administración de Personal, en el que se hace constar que el demandante laboró en la entidad desde el 01 de noviembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo detective 208-06, incorporado a la seccional Bolívar, con una asignación mensual de \$1.119.065,00, y devengando una prima de riesgo del 35,00 % sobre la asignación básica mensual²².
- Certificado expedido por el Coordinador del Grupo Administración de Personal, en el cual se hace constar que el actor registra a partir del 01 de enero de 2002 hasta la fecha de desvinculación de la entidad la suma de \$11.539.702,00, por concepto de cesantías, según se reporta en la planilla adjunta²³.

²⁰ Fols. 32 – 33 cdno 1 exp. Digital.

²¹ Fols. 34 – 35 cdno 1 exp. Digital.

²² Fol. 41 cdno 1 exp. Digital.

²³ Fols. 42 – 43 cdno 1 exp. Digital.



- Certificado de liquidación de haberes pagados a la parte demandante, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2008 al 30 de diciembre de 2011, entre los cuales se advierte la prima de riesgo²⁴.
- Constancia de servicios prestados, expedida por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Bolívar, en la cual se indica que el señor Jesús Sánchez fue incorporado a la entidad, a partir del 01 de enero de 2012, y a la fecha se encontraba activo, devengando un sueldo de \$1,885,693.00, más beneficiación judicial de \$651,416.00, para un total de \$2,537,109.00. Además, se informa que el servidor arriba citado no devenga prima de riesgo, ni esta se tiene en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales²⁵.
- Certificación de la liquidación de los haberes devengados por Jesús Sánchez Barranco, durante la prestación de los servicios al DAS, suscrito por la Tesorera-Pagadora del Archivo General de la Nación, dentro de los cuales se advierte la prima especial de riesgo²⁶.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Encuentra la Sala que, el señor Jesús Sánchez Barranco, pretende que se declare la nulidad del acto administrativo No. E-2310,18-201317471 del 02 de octubre de 2013, en el cual se negó la reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo.

En sentencia de primera instancia, el A-quo consideró que había lugar a inaplicar el artículo 4 del decreto 2646 del 1994 y declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado, en virtud de la sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, proferida por el Consejo de Estado, que determinó que la prima de riesgo sí constituye un verdadero factor salarial, en atención a los principios de primacía de la realidad sobre la forma, favorabilidad en materia laboral, la irrenunciabilidad de los derechos mínimos y el carácter periódico y contraprestacional de la prima en mención.

La Fiduprevisora S.A, manifestó su desacuerdo con la decisión, e interpuso recurso de apelación indicando que no se tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005; encontrándose que el Juez en su providencia incurrió en una interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no constituya factor salarial, y se fundamentó en un precedente judicial no vinculante del Consejo de Estado, puesto que el mismo solo es aplicable a la reliquidación pensional. Por lo

²⁴ Fols. 44 – 47 cdno 1 esp. Digital.

²⁵ Fols. 172 – 173 cdno 1 exp. Digital.

²⁶ Fol. 205 cdno 1 exp. Digital.

anterior, mantuvo su posición de que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que no se deben reliquidar las prestaciones sociales del actor.

Así las cosas, se tiene que el estudio que debe efectuar la Sala, se centrará en establecer si el demandante, le asiste o no, el derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial de riesgo devengada con ocasión a la prestación del servicio al extinto DAS, en validez de detective 208-06, incorporado a la seccional Bolívar.

Como quedó sentado en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, de conformidad con lo consagrado de manera clara y concreta, en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, que establece la prima especial de riesgos para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, y que derogó expresamente el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994; se tiene que, dicha prestación no constituye factor salarial.

Al respecto, se anota que si bien es cierto que, se han emitido distintos pronunciamientos que han reconocido el carácter salarial de la pluricitada prima para efectos de la reliquidación de las prestaciones sociales de los servidores del antiguo DAS, en virtud de lo definido en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013. Adoptada por el H. Consejo de Estado; también es cierto que, lo anterior obedece a una aplicación extensiva del criterio fijado por el alto tribunal contencioso, pues en dicha oportunidad, se determinó que la prima de riesgo recibida por los servidores del DAS es constitutiva de salario, solo para calcular el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión, razón por la cual no puede extenderse dicha interpretación para otros efectos prestacionales

En efecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción, recientemente unificó su criterio respecto a si la prima de riesgo constituía o no, factor salarial para efectos de la liquidación de otras prestaciones distintas a pensión, mediante sentencia de unificación SUJ-027-CE-S2-2022 del 12 de mayo de 2022, de la cual se extraen las siguientes conclusiones:

1. La prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el DAS, hasta su supresión, en armonía con lo dispuesto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994. Dicho valor solo constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, ya sea que esté integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo, o que se adicione a esta mediante el otorgamiento de una bonificación por compensación.



2. No es dable la aplicación extensiva de la sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, a los casos en los que se discute la reliquidación de las prestaciones sociales distintas a pensión con inclusión de la prima de riesgo, por cuanto dicho pronunciamiento solo reconoció carácter salarial a la prima de riesgo para efectos pensionales.
3. El Gobierno ostenta la competencia de regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, en ejercicio de esta facultad puede definir que determinados emolumentos tengan carácter salarial para liquidar prestaciones sociales, que lo tenga solo para algunas o que carezca de dicho efecto, sin que para ello esté condicionado a la habitualidad y el carácter compensatorio de la prestación, consideración que no implica la vulneración de los derechos de los trabajadores o el desconocimiento del concepto amplio de salario.
4. Ante las diversas posiciones que se han emitido respecto del tema con anterioridad, la Corporación fijó la regla jurisprudencial con aplicación retrospectiva para todos los casos pendientes de solución, tanto en sede administrativa como judicial, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales resultan inmodificables, bajo el principio de seguridad jurídica.

Se destaca entonces que, las consideraciones plasmadas en la providencia procedente, deben atenderse para dirimir del presente problema jurídico, como quiera que fue proferida con anterioridad a la resolución de la controversia objeto de análisis.

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso concreto, está demostrado que el demandante laboró como detective 208-06, en el extinto DAS, entre el 01 de noviembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2011, devengando una asignación básica de \$1.119.065 y una prima de riesgo en cuantía equivalente al 35% sobre dicha asignación básica mensual. Además, se observa que, en efecto, el acto administrativo No. E-2310,18-201317471 del 02 de octubre de 2013, negó el reconocimiento de la liquidación de las prestaciones del actor con la inclusión de la prima de riesgo, por estimar que la misma no constituye factor salarial.

Bajo ese entendido, considera esta Sala que el DAS en proceso de supresión, con la expedición del acto acusado, no vulneró las disposiciones superiores alegadas por el demandante, pues se reitera que, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reguladora del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, estableció en los Decretos 1137 y 2646 de 1994, que la prima de riesgo devengada por los funcionarios del DAS, no constituía factor salarial; determinación que no transgrede, en ningún sentido, los principios y derechos mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, y no desconoce el concepto amplio de salario.

Aunado a ello, se aclara que, contrario a lo pretendido por el actor, no debe entenderse que el carácter salarial de la prima de riesgo para todos los efectos legales, deba ser concebido como un derecho adquirido, pues desde sus inicios y durante todo su desarrollo normativo, el reconocimiento de esta prestación se ha decretado sin otorgarle connotación salarial, máxime si se tiene en cuenta el criterio obligatorio de unificación sentado por el Consejo de Estado, en la providencia antes citada.

En ese orden de ideas, y en aplicación de la regla de unificación fijada por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, es dable concluir que el demandante no tiene derecho a la inclusión de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales tales como: primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas durante su labor como detective del DAS hasta la supresión de la entidad, por ser claro que la prestación cuya inclusión se pretende, no ostenta carácter salarial.

En consecuencia, esta Sala de Decisión REVOCARÁ la decisión adoptada en primera instancia que inaplicó por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; declaró la nulidad del acto demandado; y ordenó la liquidación de las prestaciones sociales del actor con inclusión de la prima de riesgo percibida. En su lugar, se NEGARÁN las pretensiones formuladas en la demanda.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso se extrae que, en caso de que la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Bajo ese entendido, sería del caso condenar en costas a la parte demandante, señor Jesús Sánchez Barranco; no obstante, en aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, dado que la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo, que fue sentada tiempo después de la presentación de la demanda, por lo que dicho cambio de jurisprudencia, no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, la proferida el veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena. En consecuencia, se NIEGAN las pretensiones formuladas en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

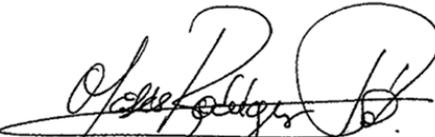
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en ninguna de las instancias, de acuerdo con lo aquí expuesto.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 026 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ