

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00059-01
Demandante	JOSÉ GUSTAVO NAICIPA GONZÁLEZ
Demandado	NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN
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.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)², proferida por el Juzgado Segundo 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-2310,18- 201318152, notificado el 18/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

¹ Fols. 172 – 189 cdno 2 exp. Digital

² Fols. 156 – 167 cdno 2 exp. Digital

³ Fols. 1 – 23 cdno 1 exp. Digital.

⁴ Fols. 3 – 4 cdno 1 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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 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 José Gustavo Naicipa González, laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 01 de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective 10 del área operativa de la Seccional Bolívar, y percibiendo una asignación básica de \$1.351.544. 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.

⁵ Fols. 1 – 3 cdno 1 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

Por último, expuso que, mediante petición del 04 de octubre de 2013, solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento de la prima de riesgo como factor 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-2310,18-201318152, siendo notificado el 18 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

⁶ Fols 4 – 19 cdno 1 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

por sus características es retribución directa del servicio prestado y habitual, una 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 no 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 DEMANDA⁷.

3.2.1 Departamento Administrativo de Seguridad en supresión – DAS⁸ .

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.

⁷ Se destaca que en este acápite solo se tendrá en cuenta la contestación rendida por el DAS, pues si bien la Fidruprevisora S.A., allegó contestación de la demanda (fols. 131 – 143 cdno 2 exp. Digital), su vinculación al proceso obedeció a la sucesión procesal del extinto DAS, razón por la cual debía asumir el proceso en el estado en el cual se hallaba, habiéndose ejercido el derecho de defensa del DAS en supresión, mediante la contestación de la demanda con anterioridad.

⁸ Fols. 59 – 73 cdno 1 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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.

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 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹.

Por medio de providencia del 20 de septiembre de 2018, el Juez Segundo Administrativo de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo las pretensiones de la demanda, así:

"FALLA:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional, con efectos Inter partes, las disposiciones normativas contenidas en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 para el caso concreto del reconocimiento y pago de Prima de Riesgo como factor salarial deprecada por el señor JOSÉ GUSTAVO NAICIPA GONZÁLEZ, por las precisas razones expuestas en la considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio E-2310,18-201318152 del 15 de octubre de 2013, proferido por la Subdirectora de Talento Humano del DAS en proceso de supresión, que negó el pago de las prestaciones con la inclusión del 35% de prima de riesgo como factor salarial, solicitadas por el señor JOSÉ GUSTAVO NAICIPA GONZÁLEZ, conforme a los considerandos esbozados en precedencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., (FIDUPREVISORA S.A.) COMO REPRESENTANTE DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS- Y SU FONDO ROTATORIO Y DE SU BENEFICIARIA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a reconocer y pagar al señor JOSÉ GUSTAVO NAICIPA GONZÁLEZ, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir, a partir del 8 de octubre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, incluyendo en el cómputo la denominada Prima de Riesgo,

⁹ Fols. 156 – 167 cdno 2 exp. Digital.



13-001-33-33-002-2014-00059-01

exceptuado las cesantías definitivas sobre las cuales no operó el fenómeno prescriptivo, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

CUARTO: Ahora, las sumas de dinero que resulten de la condena explicada en las precedentes líneas, por el concepto indicado, se ajustarán a valor presente de acuerdo con la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado, según la cual:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que el valor de las diferencias salariales y prestacionales dejadas de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DAÑE (que corresponde al vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas). Ahora bien, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará por año, o fracción de año, para cada una de las prestaciones debidas. La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 y 192 del CPACA.

QUINTO: DECLARAR probada, de oficio, la excepción de prescripción respecto de las diferencias prestacionales dejadas de percibir con anterioridad al 8 de octubre de 2010, salvo las cesantías por lo expuesto en la considerativa de esta providencia.

*SEXTO: El despacho se ABSTIENE de imponer condena en costas.
(...)"*

Como sustento de su decisión, el A-quo determinó que siguiendo el precedente del H. Consejo de Estado, la prima de riesgo devengada por el actor, sí gozaba del carácter de factor salarial, puesto que la misma era percibida como contraprestación por los servicios prestados como detective del DAS, de manera fija y ordinaria, por lo que la prestación cumplía con los requisitos de habitualidad y periodicidad

En ese sentido, sostuvo que, en el caso particular había lugar a inaplicar por inconstitucional el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, por ser manifiestamente contraria a la Carta Política y, en su lugar aplicar el inciso 2° del artículo 7° del Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011, que reconoció tácitamente la prima de riesgo como parte integral de la asignación mensual de los empleados.

Aunado a ello, explicó que, la entidad demandada desconoció los principios superiores de primacía de la realidad sobre, la formalidad en asuntos laborales, de favorabilidad e irrenunciabilidad a los derechos sociales dispuestos en los artículos 53 y 58 de la Carta Magna, que prohíbe la extinción de los derechos adquiridos por leyes posteriores

Finalmente, indicó que, si bien el vínculo laboral entre las partes surgió a partir del 1 de febrero de 1989 y estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2011, había operado la prescripción respecto de las diferencias prestacionales dejadas de percibir con anterioridad al 08 de octubre de 2010, dado que la

13-001-33-33-002-2014-00059-01

petición fue presentada el 08 de octubre de 2013, en virtud de la prescripción trienal, con excepción de la liquidación definitiva de cesantías sobre la cual no operó el fenómeno, por haberse reclamado dentro de los 3 años siguientes a su causación.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN¹⁰.

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 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.

¹⁰ Fols. 172 – 189 cdno 2 exp. Digital.

Expresó 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.

Finalizó manifestando que, al vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en este proceso, se configura una indebida representación, pues solo podrá intervenir como parte pasiva o sucesora procesal frente a los asuntos relacionados con el extinto DAS, la FIDUPREVISORA S.A. Sin perjuicio de lo anterior esbozó que, al tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde el actor fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación una vez fue suprimido el DAS, se está frente a una sustitución patronal y no ante una terminación de la relación laboral, de ahí que cualquier carga prestacional, debe ser asumida por esta última entidad; no en cabeza de la Fiduprevisora, dada su falta de legitimación por pasiva.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue asignado al Tribunal Administrativo de Bolívar, según acta individual de reparto del 06 de marzo de 2020¹¹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 23 de noviembre de la misma anualidad¹²; habiéndose corrido traslado para alegar de conclusión, mediante proveído del 09 de febrero de 2021¹³.

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.5.1 La parte demandante¹⁴, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los motivos señalados en la demanda, en el sentido de indicar que la discusión 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 La Fiduprevisora¹⁵ aportó al proceso escrito de alegatos dentro del término concedido, no obstante, se observa que la Dra. Judith María Haydar Martínez, quien pretende actuar en nombre y representación de la demandada, no demostró ostentar derecho de postulación para el efecto.

3.5.3 El Ministerio Público no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

¹¹ Fol. 2 cdno 3 exp. Digital.

¹² Fols. 4 – 5 cdno 3 exp. Digital.

¹³ Fol. 11 cdno 3 exp. Digital.

¹⁴ Fols. 17 – 21 cdno 3 exp. Digital.

¹⁵ Fols. 24 – 33 cdno 3 exp. Digital.

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, en primer lugar, determinar si:

¿En el presente asunto existe una indebida representación del DAS, por lo que debe declararse la falta de legitimación por pasiva en favor de la Fiduprevisora?

Una vez resuelto el interrogante anterior, deberá examinarse si:

¿El señor José Naicipa González, 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?

5.3 Tesis de la Sala

Frente al primer problema jurídico, esta Sala se abstendrá de efectuar su estudio y emitir pronunciamiento al respecto, por advertir que ha operado la cosa juzgada sobre el mismo. De igual manera, se observa que, el sucesor procesal del DAS es la Fiduciaria La Previsora S.A., pues esta funge como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, por tanto, esta sí tiene conexión con la situación fáctica objeto de discusión, tanto contractualmente, como legalmente.

En cuanto al segundo interrogante, se evidencia que el demandante no tiene derecho a la liquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo, 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

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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. Por esta razón se REVOCARÁ el fallo de primera instancia.

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 operativas¹⁶, 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 cargo¹⁷. 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 1° y 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 2¹⁸.

¹⁶ Decreto 1933 de 1989, "Artículo 4°. 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."

¹⁷ Al respecto léase el artículo 1 del Decreto 1137 de 1994, y los artículos 1 – 4 del Decreto 2646 de 1994.

¹⁸ "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.° y 2.° 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."

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 de los servidores del DAS, 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 2013¹⁹, 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 anualidad²⁰, 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 efecto¹⁰⁵. 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.

(...)

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

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, radicación: 440012331000200800150 01 (0070-2011)

²⁰ 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).



13-001-33-33-002-2014-00059-01

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.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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

- El demandante presentó reclamación administrativa, radicada el 08 de octubre de 2013, ante la entidad demandada, solicitando la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo²¹.
- La Subdirectora de Talento Humano, por medio de Oficio No. E-2310,18-201318152 del 15 de octubre de 2013, emitió respuesta a la solicitud incoada por el actor, indicando que la primera de riesgo no constituye factor salarial, razón por la cual no accede a su petición²².
- Certificado expedido por el Coordinador del Grupo Administración de Personal, el 28 de octubre de 2013, 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 \$13.447.957,00, por concepto de cesantías, según se reporta en la planilla adjunta²³.
- 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 riesgo, y teniendo como última asignación básica el valor de \$1.351.544²⁴.
- Certificación emitida el 24 de abril de 2017, por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Bolívar de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se hace constar que el señor José Naicipa González, laboró en el DAS desde el 01 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, y fue incorporado a la Fiscalía General el 01 de enero de 2012 al 01 de abril de 2014²⁵.

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

Encuentra la Sala que, el señor José Naicipa González, pretende que se declare la nulidad del acto administrativo No. E2310,18-201318152 del 15 de octubre de 2013, en el cual se negó la reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo devengada.

En sentencia de primera instancia, el A-quo consideró que la prima de riesgo sí constituía factor salarial, razón por la cual había lugar a inaplicar el artículo 4

²¹ Fols. 26 – 27 cdno 1 exp. Digital.

²² Fols. 28 – 29 cdno 1 exp. Digital.

²³ Fols. 35 – 36 cdno 1 exp. Digital.

²⁴ Fols. 36 – 40 cdno 1 esp. Digital.

²⁵ Fol. 115 cdno 2 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

del Decreto 2646 del 1994, y en su lugar, aplicar el inciso 2° del artículo 7° del Decreto 4057 de 2011; por ende, declaró la nulidad del acto administrativo enjuiciado, en atención a los principios de primacía de la realidad sobre la formalidad, de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos mínimos y el carácter habitual, periódico y contraprestacional de la prima de riesgo, según los lineamientos expuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Fiduprevisora S.A., recurrió la decisión anterior, manifestando que el juez de primera instancia, no tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005 e incurrió en una interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no constituya factor salarial, además se fundamentó en un precedente judicial no vinculante del Consejo de Estado, puesto que el mismo solo es aplicable a la reliquidación pensional. En virtud de estos argumentos, mantuvo su posición de que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que a su juicio, no se deben reliquidar las prestaciones sociales del actor.

Adicionalmente, indicó que, que existe una indebida representación de la parte demandada, debido a que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, asumir cualquier carga prestacional, por ser la entidad receptora del funcionario; y no a la Fiduprevisora, respecto de quien se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así las cosas, se tiene que el estudio que debe efectuar la Sala, en principio, se centrará en establecer (i) si existe una indebida representación del DAS, por lo que debe declararse la falta de legitimación por pasiva en favor de la Fiduprevisora; y luego, (ii) si al 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 calidad de detective 10, incorporado a la seccional Bolívar.

Frente al primer problema jurídico, se anota que no existe congruencia entre lo decidido por el A-quo y lo expuesto en el recurso de alzada, toda vez que en la sentencia no se hizo alusión alguna a la representación de la parte demandada, pues dicha decisión fue adoptada con anterioridad, mediante proveídos del 13 de octubre de 2017²⁶ y del 20 de septiembre de 2018²⁷, decisiones debidamente ejecutoriadas.

Revisado el expediente, se tiene que, por medio de auto del 28 de enero de 2015, se ordenó vincular como sucesor procesal del DAS, a la Fiscalía General de la Nación, quien presentó solicitud de nulidad, la cual fue resuelta mediante providencia del 16 de diciembre de la misma anualidad²⁸, que dispuso su

²⁶ Fols. 119 – 124 cdno 2 exp. Digital.

²⁷ Fols. 156 – 167 cdno 2 exp. Digital.

²⁸ Fols. 171 – 181 cdno 1 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

desvinculación²⁹; de igual manera, se observa que, en audiencia inicial del 20 de septiembre de 2018³⁰, al resolver la excepción previa de integración del litisconsorcio necesario e integración del contradictorio a la Fiscalía General de la Nación, propuesta por la Fiduprevisora³¹, el A-quo despachó de manera desfavorable dicha excepción, siendo notificada la decisión en estrados, sin que se hayan interpuesto recursos contra la misma, de ahí que los argumentos expuestos en la apelación sean extemporáneos y pretendan controvertir una decisión en firme, pues la oportunidad legal para discutir la desvinculación de la Fiscalía General, era la audiencia en comento, por lo que no hay lugar a estudiar las razones esbozadas al respecto, en virtud de la cosa juzgada.

Sumado a ello, este Tribunal precisa que se encuentra conforme con la decisión de tener como sucesor procesal del DAS a la Fiduciaria La Previsora S.A., pues esta funge como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, por lo que, en efecto, se encuentra obligada a concurrir al proceso, dado que sí tiene conexión con la situación fáctica objeto de discusión, tanto contractualmente, en razón al contrato de Fiducia Mercantil No. 6.001 – 2016³² que suscribió, como legalmente, ya que por disposición de la Ley es el órgano encargado de pagar la condena que pudiera llegarse a emitir, como se desprende del artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 1 de Decreto 108 de 2016; por lo tanto, no tienen asidero jurídico los reparos manifestados.

Siguiendo con la resolución del segundo interrogante planteado, esta Sala señala que, tal 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.

²⁹ Criterio que ya ha sido decantada por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA - SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01 (42523)A.

³⁰ Fols. 156 – 167 cdno 2 exp. Digital.

³¹ Se indica que, si bien el Juez de primera instancia en la audiencia inicial resolvió las excepciones previas propuestas por la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del PAF Fiduprevisora S.A. defensa jurídica del extinto DAS, previamente el DAS EN SUPRESIÓN⁴ había contestado la demanda en tiempo, por lo tanto, las excepciones que debieron resolverse en la mencionada audiencia eran las que propuso el extinto DAS, porque la Fiduciaria como sucesora procesal, debía tomar el proceso en el estado que lo encontrara, luego entonces, no era procedente concederle a la Fiduprevisora una nueva oportunidad para contestar la demanda y mucho menos resolverle las excepciones previa

³² Fols. 16 – 38 cdno 2 exp. Digital.

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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.



13-001-33-33-002-2014-00059-01

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 10 en el extinto DAS, entre el 01 de febrero de 1990 y el 31 de diciembre de 2011, devengando una asignación básica de \$1.351.544, 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. E2310,18-201318152 del 15 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

13-001-33-33-002-2014-00059-01

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 costas.

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 José Naicipa González; 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, proferida el veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Segundo 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.



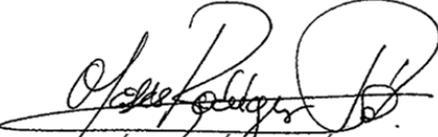
13-001-33-33-002-2014-00059-01

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y 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 VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ