

13001-33-33-002-2014-00054-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2014-00054 - 00
Demandante	LACIDES SEGOVIA MERCADO
Demandado	NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN - DAS
Tema	PRIMA DE RIESGO
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por las partes demandada¹ y demandante², contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2019³, 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 DEMANDA.⁴

3.1.1. Pretensiones.

Fueron señaladas por la parte accionante así:

“PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4o del decreto Nro. 2646 de 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-2310,18-201318657, notificado el 28/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

¹ Folio 286 – 287 cdr 3

² Folio 288 – 307 cdr. 3

³ Folio. 276-281 cdr. 3

⁴ Folio. 1-16 cdr. 2

13001-33-33-002-2014-00054-00

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 y 195 CPACA.

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

3.1.2. Hechos.

Se relacionan a continuación los hechos más relevantes presentados en la demanda.

- El demandante laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, en adelante -DAS- (en proceso de supresión), desde el 02/11/2005 hasta el 31/12/2011. Desempeñando el cargo de guardián 04 del área operativa, de la seccional Bolívar, en la ciudad de Cartagena de Indias, devengando una asignación básica de \$938.768.
- El Departamento Administrativo de Seguridad DAS (en proceso de supresión), además del salario percibido, le pagaba mes a mes una prima denominada "prima de riesgo", ordenada en el Decreto No. 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada en los Decretos 132 de enero 17, 1137 de junio 2 y 2646 de noviembre 29 de 1994.
- La prima de riesgo citada fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de las labores de alto riesgo en las que se encontraban expuestos a peligro mayor; les fue cancelada en forma habitual y periódica, mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.
- En razón de su cargo, percibió por concepto de prima especial de riesgo un 30% de su asignación básica mensual.
- El Departamento Administrativo de Seguridad durante toda la relación laboral 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

13001-33-33-002-2014-00054-00

incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionadas, como tampoco se conoce ni se ha conocido que a la fecha haya acto administrativo alguno que diera cuenta de la liquidación definitiva de prestaciones sociales por retiro.

- Mediante reclamación administrativa dirigida al DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), radicada el 10/11/2013, solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales, de la prima de riesgos contemplada en el Decreto 2646 de 1994, y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como lo son primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses a las cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.
- En el acto administrativo particular número E-2310,18-201318657, notificado el 28/10/2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y 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 violación.

En el libelo se describen las siguientes disposiciones normativas:

- Constitución Política de Colombia, artículos 53 y 93.
- Decreto 1137 de 1994.
- Decreto 2646 de 1994.
- Decreto 1933 de 1994.
- Decreto 132 DE 1994
- Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990.

Señala que del análisis efectuado a las citadas normas se evidencia que la prestación solicitada, esto es la prima de riesgo, fue inicialmente concebida, establecida y dispuesta para un determinado grupo de funcionarios, la que mediante el desarrollo normativo posterior fue ampliada hasta llegar a beneficiar a todos los funcionarios del DAS; que la misma fue cancelada en forma habitual y periódica como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían.

13001-33-33-002-2014-00054-00

Que la entidad vulneró los preceptos Constitucionales y legales citadas, porque la prima de riesgo al ser percibida por el trabajador de manera habitual y periódica tiene la naturaleza de salario, sin importar las denominaciones asignadas por la ley, como lo establecen los artículos 127 del C.S.T. modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990.

Indica que, al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, están en contravía del principio de constitucionalidad de los derechos adquiridos contenidos en el artículo 58 y 53 de la carta magna.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.2.1. DAS en supresión⁵.

La apoderada judicial de la parte demandada propuso las excepciones de inepta demanda por inexistencia del acto administrativo, caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de interés para pedir. Además, alega que los elementos relacionados con la habitualidad y periodicidad de los pagos no son suficientes para determinar un factor como elemento constitutivo de salario, sino que además el mismo factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador para que se comprenda como constitutivo de salario, aun así, las normas no lo contemplan.

3.2.2. Fiscalía General de la Nación.⁶

La apoderada judicial de la parte demandada invocó la causal de nulidad procesal contemplada en el numeral 4 del artículo 133 de C.G.P, consistente en la indebida representación del DAS, por cuanto no se tuvo en cuenta que la fiscalía general de la Nación no es la entidad que legalmente es llamada a ser sucesora procesal de DAS.

Solicita, se declare nula la providencia del 28 de enero de 2015, en la cual se decretó la sucesión procesal del Departamento Administrativo DAS.

3.2.3. La Fiduprevisora S.A.⁷

La apoderada judicial de la parte demandada, señala que existe una indebida representación, toda vez que, quien debe asumir la

⁵ Folio 51 - 65 Cdr. 2

⁶ Folio 86 - 93 Cdr. 2

⁷ Folio 197 - 201 Cdr. 3

13001-33-33-002-2014-00054-00

representación de la sucesión procesal es la entidad donde fue incorporado el actor, es decir, la Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior, y de conformidad con lo normado en el artículo 133 numeral 4° del Código General del Proceso, solicita la desvinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por indebida representación, y que, en consecuencia, se mantenga vinculada como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, a las Fiscalía General de la Nación, según lo normado en el Decreto 1303 de 2014, contentivo en los artículo 7° y 9°.

3.3. TRÁMITE SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA.

En auto de 06 de marzo de 2014, se admitió la demanda de la referencia, la entidad demandada fue notificada personalmente del auto admisorio el día 12 de junio de 2014. Mediante memorial a folio 71 del expediente el apoderado del DAS informa que la agencia receptora del presente proceso será AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.

Sin embargo, el Despacho de conocimiento mediante auto de 28 de enero de 2015 (f. 73) se tuvo a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como sucesor procesal del DAS

Por auto de 16 de diciembre de 2015 se vinculó al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y en su defecto se desvinculó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN del proceso. (F. 124-129).

Mediante auto de 2 de diciembre de 2016 se desvinculó al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y en consecuencia se vinculó a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. (F. 178-179)

El 31 de mayo de 2018 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras decisiones, el Juez del proceso resolvió declarar no probada la excepción de falta de legitimación en lo causa por pasiva propuesto por lo FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, indicando que la misma no tenía vocación de prosperidad; decisión que fue objeto del recurso de apelación con apoyo en los argumentos expuestos en el curso de lo audiencia (f. 254-255).

Por auto de 16 de septiembre de 2018 se confirma el auto del 31 de mayo de 2018 del cual se declaró que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no tiene vocación de prosperidad.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁸

Mediante sentencia de fecha 27 de febrero de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, considerando el precedente del Honorable Consejo de Estado, estima que en el caso del demandante se encuentran acreditados los supuestos de hecho para inaplicar por inconstitucional la norma especial contenida en artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, por ser manifiestamente contraria a la Carta Política y, en su defecto, por ser más compatible con la Constitución, aplicar el inciso 2º del artículo 7º 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.

Consideró el Despacho de conocimiento, procurar con la decisión que no se perpetuara un tratamiento inequitativo y menos favorable para el demandante, además porque un tratamiento dispar no resultaría razonable, configurándose un escenario discriminatorio, a lo que se suma la calidad de las especiales funciones que desarrollaban los servidores del extinto DAS.

Por lo anterior, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad del acto administrativo del Oficio E-2310,18-201318657, en consecuencia se ORDENÓ a la FIDUPREVISORA S.A a reconocer y pagar las prestaciones sociales a favor del señor LACIDES SEGOVIA MERCADO, exceptuando las cesantías definitivas sobre las cuales no operó fenómeno prescriptivo, toda vez que de acuerdo al acervo probatorio, se evidencia que la prima de riesgo fue percibida en forma permanente y habitual por parte del demandante en contraprestación por sus servicios prestados.

No obstante, pese a que el Decreto 2646 de 1994, no incluye la Prima de riesgo, el Consejo de Estado y la Jurisprudencia Constitucional han adoptado la posición de constituir la prima de riesgo con el concepto de factor salarial y sus características.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN.

3.5.1. Parte demandada la FIDUPREVISORA S.A ⁹

⁸ Folio 276 – 281 Crd. 3

⁹ Folio 288 – 307 cdr. 3

13001-33-33-002-2014-00054-00

El apoderado judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 27 de febrero de 2019, manifestando que el A- quo incurrió en un defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no constituiría un factor salarial, en este sentido, la interpretación que realizó se centra en concluir que el Consejo de Estado tomó con referencia a tomar la prima de riesgo como factor salarial para la pensión por tanto es aplicable a las prestaciones.

Por lo anterior, solicita se revoque integralmente el fallo del 27 de febrero de 2019, y que absuelva al extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – y su Fondo Rotatorio y de su Beneficiaria Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

3.5.2. Parte demandante.¹⁰

La parte demandante sustentó su recurso de apelación, manifestando que La posición que tomó el juzgado de abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada no es de su recibo, por cuanto las cosas se causaron y la parte demandante debió cubrir todos los gastos requeridos por concepto de notificaciones y correos, además que se efectuó el depósito de los gastos de proceso ordenado por el despacho, igualmente debe tenerse presente para la fijación de las agencias en derecho, la diligencia y cuidado que ha tenido la parte demandante en la actuación procesal, que se inicia, entre otros con la reclamación administrativa, el posterior tramite de la conciliación como requisito de procedibilidad y el proceso mismo. Lo anterior sustentado en lo dicho por El Consejo de Estado, en sentencia⁶ reciente emitida por La Sección Segunda, Subsección A, CP. William Hernández Gómez, donde replanteo su posición en materia de condena en costas y agencias en derecho disponiendo que las mismas deben imponerse de manera objetiva, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes como temerarias o de mala fe.

3.6. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante decisión proferida en el curso de la audiencia de conciliación de fecha 22 de julio de 2019, se concedieron los recursos de apelación presentados por los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada (Fs. 316-317 cdr. 3).

¹⁰ Folio 286 – 287 cdr. 3

Mediante auto de fecha 5 de noviembre de 2019¹¹, el Magistrado Ponente admitió los recursos de apelación instaurado por la demandada y demandante.

Mediante auto de 18 de septiembre de 2020¹² se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera concepto el Ministerio Público.

3.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.7.1. Parte demandante.¹³

Reiteró los argumentos esbozados en el recurso de apelación y la demanda. Solicitó acoger las pretensiones de la demanda.

3.7.2. Parte demandada: FIDUPREVISORA S.A.¹⁴

La FIDUPREVISORA S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar denegar todas las pretensiones de la demanda, afirmando que como lo establece el Decreto 2646 de 1994 en su artículo 4, la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Manifiesta también, que con ocasión al fallo de primera instancia y en el evento remoto de ser confirmado solicita se dé aplicación a la figura de la prescripción trienal para todas aquellas mesadas y/o derechos laborales de cualquier naturaleza, que ya hayan sufrido este fenómeno, por el transcurso del tiempo.

3.8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, no emitió concepto en el presente asunto.

¹¹ Folio 4-cdr. 1

¹² Folio 18- cdr. 1

¹³ Folio 24 – 26 cdr. 1

¹⁴ Folio 28 – 32 cdr. 1

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que conduzcan la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a esta Corporación determinar:

¿Corresponde a la Sala determinar si la prima de riesgo constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones devengadas por la parte actora durante su vínculo como empleado del DAS, hoy suprimido?

En caso de encontrarse procedente la confirmación del fallo, en lo que atañe al reconocimiento del derecho, la sala entrará a estudiar los siguientes planteamientos:

¿Si existe prescripción del reajuste aplicable a las cesantías, por concepto de la inclusión de la prima de riesgo?

Igualmente, se definirá respecto de la condena en costas, aspecto que concierne al recurso de la parte actora.

5.3. TESIS DE LA SALA.

La sala revocará la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que de acuerdo a los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado la prima

13001-33-33-002-2014-00054-00

de riesgo no constituye factor salarial a efectos de liquidar las prestaciones sociales que percibía el actor durante su vínculo como empleado del DAS, teniendo en cuenta que no se pueden desconocer las restricciones de tipo legal que se le atribuyan a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habituales no son contemplados como factor salarial, pues ello hace parte de la potestad que recae sobre el Gobierno, Presidente de la República, de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por último, se aclara que la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013 no resulta aplicable al presente asunto. En aquella oportunidad el Consejo de Estado definió que la prima de riesgo debe tenerse en cuenta como salario para efectos pensionales. Luego, en varios fallos posteriores aclaró que no es posible utilizar los mismos razonamientos por analogía en los casos de liquidación de prestaciones sociales. Ante la ausencia de unificación jurisprudencial, los jueces tienen autonomía para definir la regla aplicable en estas controversias.

Por último, se ordenará la condena en costas de la parte actora, dado que fue a quien le resultó desfavorable el recurso interpuesto.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. La prima de riesgo de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS

En cuanto al régimen de prestaciones aplicable a los funcionarios del extinto D.A.S., es preciso indicar que varias normas han regulado la materia.

La prima de riesgo es una prestación social prevista para aquellos trabajadores que por la naturaleza peligrosa del cargo, reciben un porcentaje adicional por sus servicios prestados, y fue creada por el artículo 4º del Decreto N° 1933 del 28 de agosto de 1989, el cual señaló que tienen derecho a percibirla los funcionarios pertenecientes a las áreas de la 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 de antiexplosivos, además de establecer el porcentaje de la misma, de la siguiente manera:

13001-33-33-002-2014-00054-00

“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”.

El Decreto N° 132 del 17 de enero de 1994 otorgó a los servidores públicos que prestaban servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y estableció que la misma “no tendrá carácter salarial”.

El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter permanente a la prima de riesgo para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores, equivalente al 30% de la asignación básica mensual y señaló que no constituye factor salarial, así:

“Artículo 1º Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2, 3, y 4 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994”.

El Decreto 2646 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a los funcionarios del DAS, y señaló que no constituía factor salarial, así:

“ARTÍCULO 3º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.

ARTÍCULO 4º. La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”

Es de señalar que no existe un criterio unificado sobre la liquidación de prima de riesgo como factor salarial **para liquidar prestaciones sociales**, por cuanto no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema.

Al respecto en razón el Consejo de Estado mediante fallo del 25 de enero de 2018 revoca la sentencia de tutela 28 de marzo de 2017, al considerar

13001-33-33-002-2014-00054-00

que no se configuraban las mismas circunstancias fácticas que se expusieron en la sentencia de unificación de primero de agosto de 2013. En este fallo se expuso, concretamente, lo siguiente:

"[...] Es evidente, pues, que las situaciones analizadas por la Sección Segunda de esta Corporación y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, carecen de analogía fáctica. Justamente por lo anterior, no era posible aplicar la consecuencia jurídica de la sentencia de 1º de agosto de 2013 (reconocer el carácter salarial de la prima de riesgo) a la señora Jeaneth Idaly Ospina Vallejo.

De hecho, así lo entendió la autoridad judicial demandada, pues concluyó que la naturaleza salarial de la prima especial de riesgo no resulta aplicable para la liquidación de las prestaciones sociales de esos trabajadores. Ese entendimiento es razonable y no configura ningún vicio o defecto ni vulnera los derechos fundamentales invocados.

En ese contexto, a juicio de la Sala, el tribunal demandado no desconoció el precedente fijado en la sentencia de 1º de agosto de 2013, que estableció que la prima especial de riesgo del DAS goza de naturaleza salarial para calcular las pensiones.

Finalmente, teniendo en cuenta que la demandante alegó que la providencia cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente, porque no tuvo en cuenta el fallo de tutela del 16 de abril de 2015, dictado por la Sección Primera de esta Corporación, es pertinente precisar que, conforme con el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, es decir, que únicamente son obligatorias para quienes intervinieron en el respectivo trámite.

Por tal razón, la decisión invocada por la demandante no era precedente obligatorio para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, al resolver la controversia planteada por Jeaneth Idaly Ospina Vallejo contra el DAS y la Policía Nacional, pues las decisiones de tutela, que se dictan en casos concretos, no pueden variar el criterio de las autoridades de la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...]"

La anterior posición fue reiterada con la Sentencia del 08 de marzo de 2018, emanada de la Alta corporación de lo Contencioso Administrativo, cuyo Consejero Ponente hubiere sido el Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO¹⁵, en los siguientes términos:

"Conforme a lo expuesto, la Sala advierte que con la sentencia demandada no se desconoce la condición más favorable de la accionante o alguna otra prerrogativa contemplada en el artículo 53 superior ni las normas de orden internacional incorporadas al ordenamiento interno, que establecen el(sic)contemplan la naturaleza de salario, pues fue el mismo Legislador que le restó tal carácter a dicha prima, a través del Decreto 2646 de 1994 «por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad».

Ello, por cuanto, para la Sala no se pueden desconocer las restricciones de tipo legal que se le atribuyan a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habitual no son contemplados como factor salarial, pues ello hace parte de la potestad que recae sobre el Gobierno, Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior, de «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública», en consonancia con la Ley 4' de 1992.

¹⁵ Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00066-00(AC)

Con posterioridad, en sentencias de fecha 16 de diciembre de 2020¹⁶ y del 11 de marzo de 2021¹⁷ negaron las acciones de tutela instauradas por el Patrimonio Autónomo Fiduprevisora S.A., tendientes a dejar sin efectos las providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de Antioquia, respectivamente. En ese entendido, el razonamiento de fondo utilizado fue el siguiente:

“Sobre el particular, se advierte no existe un criterio unificado por parte del tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en ese sentido puede evidenciarse la existencia de argumentos tanto a favor como en contra de las personas que pretenden obtener el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las demás prestaciones diferentes a la pensión, motivo por el cual el Tribunal accionado adoptó el que consideró apropiado, en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez, es decir, optó por aplicar el precedente jurisprudencial determinado en la Sentencia del 1.º de agosto de 2013 por esta corporación. En efecto, la autonomía e independencia de los jueces, reconocida a nivel constitucional (artículos 228 y 230), son facultades que les otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la Constitución Política y las leyes.

Desde esa perspectiva, los jueces de la República, en su labor de administrar justicia, pueden, a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita, aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador. De igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones, lo cual en el caso en concreto realizó el Tribunal Administrativo de Antioquia, pues analizó las normas que rigen la prima de riesgo y la jurisprudencia aplicable, incluso, la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 y explicó razonadamente por qué aquella no había modificado la tesis adoptada en la Sentencia de Unificación del 1.º de agosto de 2013, al considerar que en dicha providencia los argumentos esgrimidos no estaban referidos a la posibilidad de incluir factores salariales no enlistados expresamente en la ley, dentro de la liquidación pensional y no en relación con el carácter salarial o no de ciertas prestaciones, de donde se depende que la decisión contenida en la Sentencia del 1.º de agosto de 2013 seguía vigente.”¹⁸.

En el resto de sentencias aludidas en la “Hipótesis B” se decidió negar el recurso de amparo a las personas que se les excluyó la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de sus prestaciones sociales. El Alto Tribunal adujo que la interpretación adoptada por los tribunales administrativos demandados era razonable. Dado que no existe una sentencia de unificación en este tópico, impera la autonomía judicial de los despachos que optaron por una interpretación gramatical de los Decretos 1137 y 2646 de 1994.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Oswaldo Giraldo López, Rad. No. 11001-03-15-000-2020-04373-00(AC), Sentencia del 16 de diciembre de 2020.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, Rad. No. 11001-03-15-000-2020-00691-01(AC), Sentencia del 11 de marzo de 2021.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, Rad. No. 11001-03-15-000-2020-00691-01(AC), Sentencia del 11 de marzo de 2021.

"En efecto, en la providencia judicial cuestionada el tribunal examinó el marco jurídico de la prima de riesgo y, posteriormente, se refirió a la potestad de configuración legislativa, con sustento en pronunciamientos de la Corte Constitucional, para concluir que el hecho de percibir la mencionada prima de manera habitual y periódica no permitía desconocer lo establecido por el legislador sobre lo que constituye o no constituye factor salarial.

Por otra parte, el demandante alegó en el escrito de tutela que la sentencia cuestionada desconoció diferentes sentencias dictadas por el Consejo de Estado que constituyen precedente para el caso, porque disponen que la prima de riesgo constituye un factor salarial, además que esta se percibió de forma habitual y periódica durante el vínculo laboral como contraprestación directa del servicio, lo que la convierte en salario tal y como lo establece el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 50 de 1990.

Sea lo primero señalar, que la Sección Segunda del Consejo de Estado no ha fijado reglas jurisprudenciales sobre la forma de interpretar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 en materia de prestaciones sociales. Es decir, no existe una posición jurisprudencial unificada respecto de si la prima de riesgo tiene o no la naturaleza de factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, razón por la cual el tribunal accionado gozaba de un amplio criterio interpretativo al resolver el caso concreto.

[...]

Al respecto, esta Sección no desconoce que algunos jueces han utilizado las reglas generales que se fijaron en la anterior decisión como criterio interpretativo para acceder a las pretensiones en casos similares al del demandante, pero esto no quiere decir que el tribunal demandado estuviera obligado a adoptar esa misma postura, pues en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial, bien podía denegar la reclamación del actor, y dicha posición es igualmente válida.

Valga indicar que casos similares, esta Sala aplicó el criterio que ante la inexistencia de una postura unificada sobre el asunto objeto de debate, el juez natural, en virtud de la autonomía e independencia judicial, puede adoptar cualquier posición, siempre que cuente con la carga argumentativa y razonable suficiente.

Así las cosas, la autoridad judicial demandada después de analizar el marco normativo aplicable, argumentó de manera razonable y suficiente los motivos por los que concluyó que no había lugar a ordenar la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales del accionante."¹⁹.

5.5. EL CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos relevantes probados.

De acuerdo con el material probatorio arimado al expediente, se tienen como acreditados los siguientes hechos:

- Que mediante escrito presentado el 10/11/13 el actor hizo reclamación administrativa solicitando se le reconociera la prima de

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Rad. No. 11001-03-15-000-2020-02998-01 (AC), Sentencia del 6 de mayo de 2021.

13001-33-33-002-2014-00054-00

riesgo como factor salarial y en consecuencia ordenar el reajuste y pago de todas las prestaciones sociales, (f. 18 y 19)

- Que mediante oficio No. E-2310,18-201318657 de 21 de octubre de 2013, la Subdirectora de Talento Humano del DAS en proceso de supresión, negó la anterior solicitud, (f. 20-21)
- Que el demandante laboró en el extinto DAS desde el 02 de noviembre 2005 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo el de Agente de Guardia 214-04 y devengó una prima de riesgo del 30%. (f. 26)

5.5.2. Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial que antecede, procede la Sala a resolver el problema jurídico.

El señor LACIDES SEGOVIA MERCADO estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 02 de noviembre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose en su último cargo como GUARDIÁN 214-04 del área operativa, por esa razón solicitó en su demanda, que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1996, por ser violatorio del artículo 53 Superior, se reconociera, como factor salarial, la prima de riesgo para la liquidación de sus demás prestaciones.

Las pretensiones de la demanda y el fallo favorable de primera instancia fueron fundamentados en que, a partir de lo expresado en la ley y la jurisprudencia sobre el concepto de salario, la citada prima había sido cancelada a los funcionarios del DAS de forma habitual y periódica y como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían, por lo que sí adquiriría dicha connotación y debía ser tenida en cuenta para la liquidación de las demás prestaciones sociales.

Ahora bien, como se ha resaltado de las jurisprudencias *ut supra*, no existe en el Consejo de Estado un criterio unificado sobre la inclusión liquidación de prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, sin embargo, en cuanto a la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1996, fue el mismo legislador quien estableció que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, lo cual, como explica la jurisprudencia, hace parte de la potestad legislativa que recae

13001-33-33-002-2014-00054-00

sobre el Congreso y el Gobierno Nacional, con el Presidente de la República a la cabeza

Al punto es dable referenciar la sentencia de 18 de julio de 2018, dentro del radicado 47001233100020110007202 (2107-2015) del Consejo de Estado, Sección Segunda, Conjuetz Ponente: JORGE IVAN ACUÑA ARRIETA, en la que se mantiene la postura que es el legislador en virtud de su facultad quien señala las pautas y criterios a los cuales se debe someter el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de manera que se guarda el espíritu de la ley:

"En lo pertinente a la solicitud del demandantes para que la prima especial que hace parte de la remuneración mensual que percibe se considere como factor salarial para efectos prestacionales y frente a la cual la Administración Judicial sostiene que los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 la crearon despojándola expresamente de carácter salarial, es preciso recordar que esta Sección de manera reiterada ha reafirmado que tanto la prima especial de servicio u la bonificación por compensación no son factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales"

En este orden de ideas, esta Sala no encuentra que la exclusión por parte del legislador de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales de los empleados del extinto DAS, desconozca el artículo 53 superior y en consecuencia se concluye que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por lo tanto, la sentencia de primera instancia será revocada.

5.6. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

La Sala, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P., dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. Por consiguiente, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

13001-33-33-002-2014-00054-00

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 27 de febrero de 2019, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue considerado y aprobado por la Sala.

LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-02-2014-00054-01