



Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00053-02
Demandante	LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA
Demandado	DAS SUPRIDIDO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS",
Tema	<i>Prima de riesgo- Factor Salarial</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 9 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto No. 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-2000,27,1- 201318079,

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Fols. 1-16 (Doc. 1-29 Cdno 1. Exp. Digital)

³ Fols. 3-4 C. (Doc. 4-5 Cdno 1. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

notificado el 18/10/2013, 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 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.

3.1.1. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 5 de mayo de 1987 al 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective 13 de área operativa de la Seccional Bolívar y percibiendo una asignación básica de \$1.620.872.

Explica 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. Sin embargo, indica que el Decreto No. 2646 de 1994 en su artículo 4 se extralimitó al consignar que la prima de riesgo no podía constituir un factor salarial, desconociendo de esta forma el derecho adquirido en la norma antes citada y por ende, debe inaplicarse conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Afirma que, durante toda la relación laboral el DAS liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, como son: prima de servicio, vacaciones,

⁴ Fols. 1-3 C. (Doc. 1-3 Cdn 1. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

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, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionada.

En razón a lo anterior, 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 los emolumentos que ello implica.

Como respuesta el DAS por acto administrativo No. E-2000,27,1-201318079, le negó 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.

3.1.2. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes: artículos 53, 58, 93, 230 y 241 de la Constitución Nacional; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 4 del Decreto 1933 de 1989.

En el concepto de violación, el apoderado de la parte actora expuso que la entidad demandada desconoce lo preceptuado en la constitución nacional y en las leyes sustanciales, como quiera que la exclusión de la prima de riesgos como factor salarial, desconoce derechos laborales adquiridos, extingue derechos laborales e ignora el principio de la realidad sobre las formas. Además, desatiente la jurisprudencia que en este sentido adoptó el Consejo de estado en sentencia de Unificación del 1 de agosto de dos mil trece (2013), la Sección Segunda, CP. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11)

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS EN SUPRESIÓN" contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos sostuvo que los mismos son ciertos con excepción de lo relacionado con el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

⁵ Fols. 51-66 (Doc. 69-84 Cdo 1. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

De acuerdo al Decreto 2646 de 1994, el Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994, la prima de riesgo, no se incluyó como factor salarial, a pesar de constituirse de manera habitual y periódica, no constituía per se en un factor salarial, en virtud de lo dispuesto en la ley.

Que la prima de riesgo sobre la pensión de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de jubilación, más 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 sentencia C- 279 de 1996.

Indica que el acto acusado no es un acto definitivo, no es un acto susceptible de ser demandado judicialmente, es decir, no reúne los presupuestos necesarios para que se considere un acto administrativo definitivo, por el contrario, es un acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional.

Como excepciones de fondo propuso las siguientes: (i) inepta Demanda por inexistencia del acto administrativo; (ii) caducidad del medio de control; (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iv) falta de Interés para pedir.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 9 de agosto de 2018, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo las pretensiones de la demanda, así:

“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 LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA, por las precisas razones expuestas en la considerativa de esta sentencia.*

SEGUNDO: *Declarar la nulidad del Oficio E-2000,27,1-201318079 de fecha 8 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, solicitada por el señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA, 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. EN REPRESENTACIÓN DEL*

⁶ Fols. 300-302 reverso (Doc. 156-161 Cdo 2. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS", a reconocer y pagar al señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir, entre el 30 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011, incluyendo en el cómputo la denominada Prima de Riesgo, 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 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 DANE (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 30 de septiembre de 2010, salvo las cesantías por lo expuesto en la considerativa de esta providencia

SEXTO: El despacho se ABSTIENE de imponer condena en costas.

SÉPTIMO: Por secretaría del Juzgado, una vez ejecutoriada esta sentencia, se remitirán los oficios correspondientes a la entidad demandada para su cumplimiento, y se devolverá a la parte demandante el remanente de los gastos ordinarios del proceso, si a ello hubiere lugar, previas las constancias de rigor legal.

OCTAVO: ARCHIVAR el expediente previas las anotaciones de rigor en el sistema de justicia siglo XXI"

Sostuvo que, no se presenta la falta de legitimación en el presente, por cuanto es el Patrimonio autónomo el llamado a responder por las condenas u obligaciones que emanen del extinto DAS.

Realizó un recuento normativo y jurisprudencial sobre la prima de riesgo, que lo llevó a concluir que es procedente inaplicar por inconstitucional, la disposición contenida en el Decreto 2646 de 1994 y por tanto, la prima de riesgo debe ser tomada como factor salarial para la reliquidación de los demás emolumentos



13-001-33-33-002-2014-00053-02

que resulten. Asimismo, encontró que se configura la prescripción de las diferencias dejadas de percibir antes del 30 de septiembre de 2010.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

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 apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que el operador jurídico no tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. Alega que la providencia dictada por el Juez Segundo Administrativo adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo, pues la misma no constituya factor salarial. Sostuvo, 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.

En el escrito de apelación, el impugnante hace un recuento normativo de las leyes y decretos que regulan el tema de la prima de riesgo, para concluir que la misma no constituye factor 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.

El recurrente adujo que se debe tener en cuenta la estructura del Estado Social de Derecho, respecto al ordenamiento jurídico, debido a que la normatividad que ha regulado la situación del aporte accionante es uniforme al considerar expresamente que la prima de riesgo no es un factor salarial.

Por último, manifiesta 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 embargo, esboza que en el caso sub judice, se está frente a 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, por lo que existió una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral, de ahí que

⁷ Fols. 307-323 (Doc. 165-181 Cdo. 2. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

cualquier carga prestacional, debe ser asumida por esta última entidad; En razón a lo anterior estima que se presenta su falta de legitimación por pasiva.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 8 de febrero de 2019⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de abril de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 09 de septiembre de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó sus alegatos solicitando que se confirmara la sentencia de primera instancia.

3.6.2. Parte demandada¹²: Reafirmó los argumentos expuesto en el recurso de apelación.

3.6.3. Ministerio Público¹³: Solicitó sea confirmada la sentencia impugnada, por encontrarse ajustada al ordenamiento jurídico y por dar prevalencia a los derechos fundamentales del demandante.

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

⁸ Fol. 333 (Doc. 2 Cdno 3. Exp. Digital)

⁹ Fol. 335 y reverso (Doc. 4 Cdno 3 Exp. Digital)

¹⁰ Fol. 339 (Doc. 10 Cdno 3. Exp. Digital)

¹¹ Fols. 358-368 (Doc. 26-36 Cdno 2. Exp. Digital)

¹² Fols. 348-357 (Doc. 16-25 Cdno 3. Exp. Digital)

¹³ Fols. 369-371 reverso (Doc. 37-42 Cdno 3. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

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, considera la Sala que se debe determinar:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la prima de riesgo, al ser percibida en forma permanente y mensual por el señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA como ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, tiene el carácter de ser factor salarial y, por ende, debe ser incluida en la liquidación de las prestaciones sociales del demandante, así como lo ha señalado la jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado; en consecuencia, se encuentra ajustado a derecho la declaratoria de nulidad del acto acusado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL¹⁴

5.4.1. Normatividad que regula la prima de riesgo

La prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS fue creada por el Decreto 1933 de 1989. En su Artículo 4 el mencionado Decreto dispuso:

"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.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)., Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00341-01(2001-13) Actor: RICARDO JOSÉ CORRALES, Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.



13-001-33-33-002-2014-00053-02

Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público."

El Decreto 1137 de 1994 por su parte dispuso en su Artículo 1 lo siguientes:

"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 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994."

El Decreto 2646 de 1994 dispuso lo siguiente:

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

ARTÍCULO 2º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

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.

PARÁGRAFO. El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.

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."



13-001-33-33-002-2014-00053-02

El análisis de estas disposiciones permite concluir que la prima de riesgo inicialmente fue reconocida al personal que estaba desempeñando tareas operativas 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 cargo. La norma prevé que la prima de riesgo tiene dos características que resultan relevantes al momento de definir su naturaleza, su carácter mensual y su carácter permanente.

Además de lo anterior, 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 naturaleza de su servicio. Que, aunque se haya definido en el Inciso final del artículo 1º del Decreto 1137 de 1994 y el Artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 que la prima de riesgo no tendría un carácter salarial, ello no puede desconocer el principio de primacía de la realidad a efecto de desnaturalizar una determinada prestación.

El Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁵, hace referencia al carácter salarial de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de la mesada pensional. Al respecto expone:

“En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales¹⁶, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



13-001-33-33-002-2014-00053-02

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹⁷ estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo."¹⁸

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores." (Subrayas fuera del texto).

Dicha providencia, incluye la prima de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación de la pensión de los detectives y demás funcionarios que se rigen por el régimen especial, toda vez que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio.

Es necesario precisar, que con posterioridad a esta sentencia de unificación no se ha proferido ningún cambio jurisprudencial.

¹⁷ «ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos.»

¹⁸ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.



13-001-33-33-002-2014-00053-02

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

- El demandante elevó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013, solicitando se reliquide sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo¹⁹.
- La subdirectora de Talento Humano, Por medio de Oficio N° E-2000,27,1-201319079 del 11 de octubre de 2013 da respuesta a la solicitud incoada por el actor, en la que reitera que la primera de riesgo no es un factor salarial²⁰.
- Certificado del 8 de octubre de 2013 expedido por el Coordinador Grupo Administración de Personal, en el que se hace constar que el señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA, laboró en ésta entidad desde 5 de noviembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo detective especializado 206-13, asignado a la seccional Bolívar con sede en Cartagena, con una asignación mensual de \$1.620.872,00 y devengando la prima de riesgo²¹.
- Certificado de liquidación de haberes pagados al actor entre 2008 a 2010, entre ellos la prima de riesgo²².

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto se demanda la nulidad del acto administrativo número E-2000,27,1-201318079, mediante el cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales del señor LUIS HENRY GONZÁLEZ ORTEGA, 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 contenido en el Oficio No. E-2310,18-201318079, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la forma, toda vez que la prima de riesgo sí constituye un verdadero factor salarial.

¹⁹ Fols. 18-19 (Doc. 32-33 Cdno 1. Exp. Digital)

²⁰ Fols. 20 reverso (Doc. 34-35 Cdno 1. Exp. Digital)

²¹ Fols. 24 (Doc. 41 Cdno 1. Exp. Digital)

²² Fols. 25-28 (Doc. 42-45 Cdno 1. Exp. Digital)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

La FIDUPREVISORA S.A, manifestó su desacuerdo con la decisión, e interpuso recurso de apelación indicando que en primera instancia no se tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005; encontrándose 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. Se mantuvo en la afirmación de que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que no se deben reliquidar las prestaciones del actor.

También expuso, que existe una indebida representación de la parte demandada, por cuanto es la Fiscalía General de la Nación la responsable de las prestaciones sociales del actor y en ese sentido solicita su desvinculación.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede esta Corporación a resolver el caso bajo estudio, verificando, (i) le asiste razón a la demandada en cuanto a la desvinculación que solicita para luego proceder a (ii) estudiar si tiene derecho el demandante a reclamar la prima de riesgo como factor para reliquidar sus prestaciones sociales.

En relación al primer punto, observa esta Corporación que no existe congruencia entre lo decidido por el Juez de primera instancia y el recurso de apelación, dado que en la sentencia no se hizo alusión alguna a la representación de la parte demandada, toda vez que esa decisión fue adoptada con anterioridad y se encuentra en firme²³.

Se evidencia en el expediente, que por auto del 3 de mayo de 2017 (fol. 260-262) el A Quo decidió desvincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y vinculó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera Patrimonio Autónomo de Remanentes Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. Posteriormente, en audiencia inicial de fecha 16 de noviembre de 2017 (fol. 284-285), en lo que respecta a que debería integrarse al contradictorio a la Fiscalía General de la Nación, resolvió el A Quo despachar de manera desfavorable esa excepción denominada integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio, decisión contra la cual propuso recurso de apelación el apoderado de la FIDUPREVISORA S.A.

²³ La cual además 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



13-001-33-33-002-2014-00053-02

El conocimiento de dicho recurso le fue asignado a este Despacho, que determinó no admitirlo (fol. 291-292), precisamente porque los argumentos del recurrente controvertían una decisión debidamente ejecutoriada y que adicionalmente, no debían estudiarse las excepciones planteadas por ser extemporáneas, teniendo en cuenta que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera Patrimonio Autónomo de Remanentes Departamento Administrativo de Seguridad – DAS fue vinculada al proceso como sucesora procesal y por tanto tomó el proceso en el estado que lo encontró.

Así las cosas, se ordenó al juzgado que se pronunciará acerca de las excepciones propuestas en la contestación radicada en su momento por el DAS, tal como procedió a efectuarlo el juzgado, por este motivo, la Sala se abstendrá de estudiar la situación de la representación de la entidad extinta y solo entrará a analizar la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Esgrimió el juzgador de primera instancia, en lo relativo a la falta de legitimación por pasiva que: “es el Patrimonio Autónomo de Remanente del DAS quien asumió la obligación luego de la supresión, de responder por las condenas que se impusieron contra el DAS en supresión, entonces queda la responsabilidad en cabeza del Patrimonio Autónomo de Remanente”

Frente a lo anterior, se encuentra conforme este Tribunal, como quiera que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera Patrimonio Autónomo de Remanentes Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, si se encuentra obligada a concurrir al proceso, dado que si tiene conexión con la situación fáctica constitutiva del litigio, tanto contractualmente, en razón al contrato de Fiducia Mercantil No. 6.001 – 2016 que suscribió, como legalmente ya que por disposición de ley es el órgano encargado de pagar la condena a que pudiera llegarse en esta instancia, 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 encuentra asidero los reparos argüidos.

Ahora bien, frente al derecho el demandante a reclamar la prima de riesgo como factor para reliquidar sus prestaciones sociales se encuentra que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo no constituye factor salarial; sin embargo, el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, ha determinado que, la prima de riesgo es uno de los factores que se debe tener en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones; que, el hecho de que no se tenga en



13-001-33-33-002-2014-00053-02

cuenta como factor salarial, no es óbice para que la misma no se incluya al momento de realizar la liquidación la cesantías.

Así las cosas, según lo expuesto por el Consejo de Estado la prima de riesgo es factor salarial para efectos pensionales, pero a pesar que no indica de manera específica con relación a la liquidación de las prestaciones sociales, debe dársele una aplicación extensiva a lo manifestado por el alto Tribunal Contencioso, en el entendido que el mismo razonamiento que hizo la Corporación para tener en cuenta la prima de riesgo como factor para el ingreso base de liquidación pensional, debe ser aplicado para la liquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que se trata de una suma que se recibe de manera periódica y habitual, quedando claro con la sentencia de unificación la naturaleza salarial de la prima de riesgo.

En consecuencia, el actor, apoyado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue recibida de manera habitual y periódica, ya que que el mismo ostentó el cargo de detective especializado 206-13 en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad y devengaba la prima de riesgo desde la vigencia del Decreto 1933 de 1986.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el argumento del recurso de apelación, consiste en que la normatividad no le da el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, esa circunstancia, no desvanece las consideraciones de la providencia de primera instancia, por lo tanto, la Corporación, comparte la interpretación extensiva que se hace de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que establece a la prima de riesgo como factor en el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional.

Ahora bien, atendiendo que en la sentencia de primera instancia se declara la inaplicación por inconstitucional del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; esta Corporación, con relación a la excepción de Inconstitucionalidad, explica que ésta es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:



13-001-33-33-002-2014-00053-02

“La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”²⁴

En el caso en estudio, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicha prima; no obstante, esta Corporación, considera que el A quo actuó correctamente al inaplicar la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, y para la cual se encuentra facultado según lo dispuesto en el art. 148 del CPACA, toda vez, que la misma vulnera el derecho a la igualdad del demandante.

En esta oportunidad cabe resaltar que, en lo que se refiere a la procedencia del reconocimiento de la prima de riesgo, como factor para reliquidar las prestaciones sociales de los empleados del DAS, no existe un criterio uniforme, por lo que el Consejo de Estado ha expuesto que:

“En el sub lite se observa que el tutelante alega que la providencia objeto de reproche adolece de desconocimiento del precedente, como quiera que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, concluyó que la prima de riesgo devengada por el personal del entonces DAS se debía tener en cuenta para efectos

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., Quince (15) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719) Actor: JOSE ALBERTO CASTRO HOYOS Y CIA S.C.A. CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES.



13-001-33-33-002-2014-00053-02

pensionales, lo que, a su juicio, no resultaba aplicable para el cálculo de otras prestaciones sociales, sin embargo, los magistrados accionados confirmaron la decisión de acceder a las pretensiones ordinarias con fundamento en una interpretación extensiva de lo planteado en el referido fallo de unificación.

Al respecto, resulta oportuno anotar que, en efecto, la sección segunda del Consejo de Estado, a través de la providencia enunciada en el párrafo precedente, unificó su criterio respecto de si la prima de riesgo que devengaba el personal del extinguido DAS debía hacer parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, en el sentido de ordenar su inclusión por tener la naturaleza de factor salarial. En ese fallo se dijo: (...)

De lo anterior se colige que en la providencia acusada, los señores magistrados de la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogieron la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, en la que esta Corporación precisó que la prima de riesgo que devengaban los empleados del extinguido DAS tiene naturaleza salarial para efectos de reconocimientos pensionales, debido a que, bajo la óptica de los principios laborales de primacía de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil, consideraron que dicha postura también puede aplicarse para liquidar las demás prestaciones sociales de los mentados servidores y, en esa medida, no es dable atribuirles desconocimiento del precedente ni de las garantías superiores del actor, máxime cuando en su argumentación colmaron los criterios de suficiencia y transparencia en el deber de motivar las decisiones judiciales. Por consiguiente, no se advierte trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y debido proceso del actor, por cuanto los magistrados accionados determinaron que aunque el mentado fallo de unificación se refirió a la prima de riesgo como factor salarial únicamente para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación de los funcionarios del entonces DAS, al devengar de manera periódica dicho emolumento es procedente ordenar su inclusión con el propósito de calcular otras prestaciones sociales, dado que ello le otorga a dicho factor carácter salarial.

Sobre el particular, esta Sala reitera su criterio en cuanto a que el ejercicio del razonamiento que efectúa el juez natural, al construir la decisión judicial, hace parte de su autonomía e independencia, ámbito que debe ser respetado por el de tutela cuando no observa vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, que haga necesaria su intervención.

En ese orden de ideas, comoquiera que los magistrados accionados soportaron su decisión en la jurisprudencia del Consejo de Estado que estimaron aplicable (sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013), no incurrieron en desconocimiento del precedente.

A partir de los anteriores prolegómenos, comoquiera que la sentencia de 12 de marzo de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección B de la sección segunda), con la cual se desató en segunda instancia la demanda de nulidad



13-001-33-33-002-2014-00053-02

y restablecimiento del derecho 11001-33-35-009-2014-00183-02, no adolece de desconocimiento del precedente, se impone negar el amparo deprecado"²⁵

Corolario de lo expuesto, para dar respuesta al problema jurídico, esta Corporación, dándole una aplicación extensiva a lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia transcrita, sostiene que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, toda vez que se trata de una suma que la accionante recibe de manera periódica y habitual, que, aunque el Decreto 2646 de 1994 le niegue la condición de factor salarial, sí constituye una retribución directa a la prestación del servicio. En este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.5.3 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 artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este caso en particular, el Tribunal condenará en costas a la parte vencida, esto es, la parte demandada.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP, las cuales

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03672-00(AC)



13-001-33-33-002-2014-00053-02

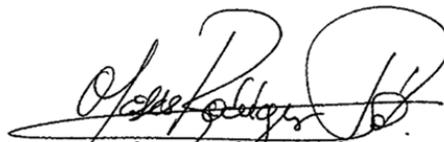
serán liquidadas por el juez de primera instancia conforme las normas aquí planteadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, 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 virtual No.037 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ