Doctora
ROSSE MAIRE MESA CEPEDA
JUZGADO 21 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA
E. S. D.

Referencia	Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ** en contra de **PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO**
Expediente No	11001333502120210014700
Asunto	Contestación de la demanda

I. DERECHO DE POSTULACIÓN

RODRIGO ANDRÉS RIVEROS VICTORIA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 88.204.510 de Cúcuta (Norte de Santander), portador de la T.P. No. 100.924 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la **FIDUPREVISORA S.A.** en condición de vocera del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PUBLICO PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y SU FONDO ROTATORIO**, según poder que adjunto y conforme al cual solicito me reconozca personería jurídica, encontrándome dentro del término legal, por medio del presente escrito, me permito dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA y PROPONER EXCEPCIONES**, en los siguientes términos:

II. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA

- La notificación electrónica enviada por el despacho fue recibida el 15 de marzo de 2022.
- De conformidad con el inciso 4° del artículo 199 del CPACA el cual dispone en su parte pertinente *"los términos que conceda el auto notificado solo se comenzaran a contabilizar dos (02) días hábiles siguientes al del envió del mensaje"*
- El término para contestar la demanda es de 30 días de acuerdo a lo previsto en el artículo 172 del C.P.A.C.A.
- Por lo cual, los 30 días hábiles para contestar la demanda vencen el día 6 de mayo de 2022.

Por razones de orden, claridad y metodología me permito dar respuesta a la mencionada demanda en los siguientes términos:

III.-PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

1. Contextualización de los hechos

Respecto al caso en concreto, al evaluar detenidamente las actuaciones realizadas al momento de los hechos relacionados en la demanda, el funcionario del extinto Departamento Administrativo DAS, que en su momento, liquidó las prestaciones sociales del exfuncionario **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ** hoy demandante, no hallamos que dentro de su proceder del funcionario, se incurriera en una indebida liquidación, ya que ésta se realizó con base en la normativa vigente para el momento; por el contrario,

consideramos que si el funcionario del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en la liquidación hubiese incluido la prima de riesgo como factor salarial, podría estar incursado en una indebida liquidación a favor del demandante y este a su vez, en un enriquecimiento sin justa causa.

La presente demanda no cuenta con los suficientes elementos faticos ni probatorios que señalen y mucho menos que demuestren, la existencia de una responsabilidad por la presunta indebida liquidación de sus prestaciones sociales y por la posterior negación de la solicitud al PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO.

2. Respecto a los hechos de la demanda.

Primero: Más que un hecho como tal del proceso, es la citación de una disposición jurídica pero, **es cierto**, el 28 de agosto de 1989 el presidente de la república expide decreto ley 1933 de 1989, y si bien es cierto que en su artículo número 4º se crea la "Prima especial de riesgo", vale precisar que el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, "Por el cual se crea una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad", en su artículo 1° estableció que:

> *"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 que trata los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994". (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

Segundo: Más que un hecho como tal del proceso, es la citación de una disposición jurídica, pero**, es cierto,** entendido que se trata de una citación de una parte del decreto 1137 de 1994.

Tercero: Más que un hecho como tal del proceso, es la citación de una disposición jurídica, pero**, es cierto,** el decreto 2646 de 1994 *por el cual se establece la Prima Especial de Riesgos para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad,* señala en sus artículos 1º, 2º y 3º el valor de los porcentajes establecidos sobre la asignación básica mensual dependiente de su cargo, 35%, 30% y 15 % respectivamente, pero cabe señalar, que en el mismo decreto en su numeral 4º, dispone:

> ***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.*** *(Negrillas y subrayas fuera del texto)*

Cuarto: Es cierto, sin embargo, cabe aclarar que no se trata de un hecho que tenga relación directa con la realidad fáctica, sino de una enunciación del artículo 4º del decreto 2646 de 1994, por lo cual nos atenemos a lo que la parte accionante logre probar, sin embargo, cabe resaltar que el artículo mencionado señala que:

> ***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.*** *(Negrillas y subrayas fuera del texto).*

En virtud de lo anterior, es el motivo fundamental por el cual, no se tuvo en cuenta la prima especial de riesgo dentro de la liquidación de las prestaciones sociales a los exfuncionarios del extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

Quinto: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda el señor, **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ** presto sus servicios profesionales para el extinto DAS desde el 29 de noviembre de 1994, fecha en la que fue vinculado, hasta el 31 de diciembre de 2011. Posterior a su retiro, el demandante fue vinculado a la **UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN.**

Sexto: No me consta, es un hecho que debe probarse, de manera que nos atenemos al pronunciamiento del despacho.

Séptimo: No me consta, es un hecho que debe probarse, de manera que nos atenemos al pronunciamiento del despacho, sin embargo, cabe señalar que al momento de realizar liquidación los exfunciarios del extinto DAS, el funcionario que líquido tuvo en cuenta el artículo 4º:

> ***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.*** *(Negrillas y subrayas fuera del texto).*

Lo anterior, es el motivo fundamental por el cual no se tuvo en cuenta la prima especial de riesgo dentro de la liquidación de las prestaciones sociales a los exfuncionarios del extinto departamento administrativo de seguridad -DAS-.

Octavo: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda el señor, **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ** posterior a su retiro del extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- fue vinculado **UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN,** siendo esta entidad su ultimo empleador.

Noveno: Es cierto, mediante derecho de petición, el demandante entre otros, por medio de su apoderada, solicitaron al **PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL DAS Y SU FONDO ROTATORIO**, que se reconociera y tuviera, para efectos de la reliquidación de las cesantías y sus intereses, como factor salarial, la prima especial de riesgo del señor **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ**

Décimo: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda, el PAP Fiduprevisora, comunico la apoderada del accionante que se corrió traslado por competencia al derecho de petición interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21º de la ley 1575 de 2015, el artículo 9º del decreto del 2014 y el artículo 3º del decreto 4057 de 2911, y del cual se les allego para su conocimiento, copia del oficio 20190992341631 del 22 de octubre de 2019, con el cual se efectuó el trámite.

Décimo primero: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda, que la subdirectora de talento humano de la Unidad Nacional de Protección, la señora **LUZ ANGELICA VIZCAINO SOLANO**, informa mediante oficio OFI19-00037529 del 6 de noviembre de 2019, remitido por correo electrónico de fecha 20 de noviembre de 2019 a la **JACQUELINE SANDOVAL**, que su solicitud no puede ser atendida teniendo en cuenta que los poderes allegados se encuentran dirigidos expresamente al PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO.

Décimo segundo: Es cierto, la apoderada del demandante, dio respuesta a la Unidad Nacional de Protección, argumentando su falta de competencia para desatar el fondo del asunto, entre otras.

Décimo tercero: Es cierto, la subdirectora de talento humano de la Unidad Nacional de Protección, la señora **LUZ ANGELICA VIZCAINO SOLANO** Mediante oficio No. OFI19-00039970 del 28 de noviembre de 2019, procede a la devolución del derecho de petición al **PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO** para su pronunciamiento de fondo.

Décimo cuarto: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda**,** por medio de oficio No. 20190992872231 del 17 de diciembre de 2019, la Coordinadora de la Unidad de Gestión PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURÍDICA DEL DAS Y SU FONDO ROTATORIO, dio alcance al derecho de petición desfavorable, fundamentado en:

(…)

De conformidad con la Ley 1753 de 2015, artículo 2381, el Gobierno Nacional ordenó la creación de un patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora, en ese orden de ideas, se crea la Unidad de gestión del Patrimonio autónomo PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo DAS y su Fondo Rotatorio, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en las que sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS o su Fondo Rotatorio.

Para este propósito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Fiduciaria la Fiduprevisora, suscribieron contrato de fiducia mercantil No. 6.001-2016, cuyo objeto es el siguiente:

> *"Constitución de un patrimonio autónomo para la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. y/o su Fondo Rotatorio, que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención, en cumplimiento del artículo 238 de la ley 1753 de 2015 "Plan Nacional de Desarrollo 2014/2018". (…)*

(…) Así mismo, le indicamos que durante el proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, se identificaron las obligaciones, pasivos, procesos y obligaciones pendientes de pago y las autoridades responsables de las mismas. De acuerdo con lo anterior, es pertinente informarle que el caso que nos ocupa en el presente, ***no se encuentra identificado como una obligación o acreencia pendiente de pago a cargo del extinto DAS, ni registra un proceso judicial o reclamación administrativa en contra del mismo que hubieren sido transferidas al PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo – D.A.S y su Fondo Rotatorio.*** *(negrillas fuera del texto)*

(…)

Décimo quinto: Es cierto, tal como se acredita en los anexos de la demanda, el 29 de enero de 2020, la Unidad Nacional de Protección, mediante oficio No. OFI20- 00002238 dio respuesta al derecho petición trasladado, negando el reconocimiento como factor salarial de la prima especial de riesgo devengada por la demandante.

IV.- DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Respecto a las pretensiones de la demanda, desde este momento nos oponemos a todas y cada una de ellas por carencia de fundamentos fácticos y jurídicos, así como por ausencia

de sustento probatorio que soporten las mismas, motivo por lo cual solicitamos que sean denegadas,

V.- SENTENCIA ANTICIPADA

De conformidad con el artículo 278 del CGP,[1] el numeral 01 del artículo 13 del decreto 806 de 2020,[2] y el Artículo 182A[3] de la ley 2080 de 2021 en el presente asunto, podrá dictarse sentencia anticipada pues, la controversia que se pretende dirimir es de puro derecho, y no es necesario practicar ninguna prueba adicional, pues todas las pruebas necesarias para emitir un pronunciamiento de fondo ya obran en el expediente. Por lo tanto, solicitamos que se profiera sentencia anticipada.

VI. DE LAS PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE

---

[1] Artículo 278. Clases de providencias
Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.
(…) En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:
1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. 2. Cuando no hubiere pruebas por practicar. 3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.

[2] Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito. 2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia. se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver. 3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción; la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar. 4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

[3] ARTÍCULO 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:
1. Antes de la audiencia inicial:
a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
b) Cuando no haya que practicar pruebas;
c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;
d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.
El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.
Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el' inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.
No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código.
2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.
Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.
3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.
4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código.
PARÁGRAFO. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará.
Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.

Como podrá observar el despacho, en el presente caso la parte actora no aportó la carga probatoria la cual apunta a una presunta responsabilidad del extinto departamento administrativo de seguridad DAS por una supuesta indebida liquidación prestacional, al omitir en la liquidación de las cesantías y sus intereses, la prima especial de riesgo como factor salarial, que según el accionante tiene derecho sin tener en cuenta que el decreto ley 4057 del 31 de octubre de 2011 expedido por el presidente de la república de Colombia, dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS y que sus funciones fueron trasladas a otras entidades.

Es un principio de derecho probatorio, el que, para lograr, que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, es menester demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho.
La jurisprudencia ha sido reiterada y sistemática en manifestar de forma unánime que la carga de la prueba está en cabeza del demandante, es decir, que quien pretende la reparación debe alegar, acreditar y probar el hecho generador, la existencia del daño y establecer que este fue consecuencia de aquel y en el caso que nos ocupa no se ha dado ninguno de esos elementos que por el contrario despejan cualquier duda frente a eximentes de responsabilidad del demandado.

Como puede verse las piezas de convicción sobre las cuales la parte demandante pretende edificar su tesis se encuentran plenamente rebatidas; quien alega un hecho debe probarlo, se trata de una carga procesal que aparece no sólo como un deber jurídico sino como un imperativo legal y que en este caso brilla por su ausencia.

VII. RAZONES DE LA DEFENSA

1.Contextualización competencial
1.1 Naturaleza Jurídica de Fiduprevisora S.A.

1.1.1 Sociedades Fiduciarias:

De acuerdo con lo consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – E.O.S.F.- Las sociedades fiduciarias son entidades de servicios financieros, sujetas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuya función principal es la de cumplir con los encargos fiduciarios que adquiere mediante contratos de fiducia mercantil, de encargos fiduciario o de la fiducia pública.

También están facultadas para desarrollar otras actividades como son: prestar servicios de asesoría financiera, reorientar tenedores de bonos, obrar como agente de transferencia y registro de valores, desempeñarse como sindicatos o curadores de bienes, ser depositarios de sumas consignadas en juzgados, emitir bonos por cuenta de patrimonios autónomos constituidos por varias sociedades y emitir bonos por cuenta de varias empresas y administrar estas emisiones. (Art. 29 E.O.S.F. y Art 4to L. 795 de 2003).

Desde los orígenes de la fiducia, esta institución se ha caracterizado no solamente por el ingrediente de confianza que involucra, sino también por la originalidad en sus modalidades y la facilidad que ofrece a la gente de resolver los problemas prácticos de su cotidianidad, que van desde realizar un pago hasta garantizar una obligación o intervenir sus recursos.

Entre los más comunes productos ofrecidos por las sociedades fiduciarias podemos encontrar los fideicomisos de inversión específicos, los fondos comunes especiales y el fondo común ordinario, los fondos de pensiones voluntarias, la fiducia inmobiliaria, la fiducia en garantía, la fiducia de titularización y la fiducia de administración.

1.1.2. La Fiducia

De acuerdo a lo establecido en el Art. 1226 del Código de Comercio, se entiende por fiducia mercantil lo siguiente:

"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario."

Ahora bien, en lo concerniente a Negocios Fiduciarios la Superintendencia Financiera en Circular Básica Jurídica título V, pág. 1, establece:

> *"Se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con los bienes una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también Instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes"*

De acuerdo con lo anterior, la Sociedad Fiduciaria ejerce sus funciones dentro del marco de su creación, contando con diferentes portafolios, entre los cuales se encuentra la administración o ejercicio de actividades que surgen como consecuencia de la suscripción de contratos de fiducia mercantil, entre ellos lo que suscribe con el Misterio de Hacienda y Crédito Público.

Es por ello que cuenta con una planta de personal, estructura administrativa y presupuestal completamente independiente de todos los negocios fiduciarios que maneja, propios del rol de sociedad fiduciaria.

Ahora bien, como se pasa a exponer, surge de la oferta de servicios con los que cuenta la sociedad fiduciaria, la administración, atención o defensa de asuntos que se derivan de los objetos de los contratos de la fiducia mercantil, sin que ello implique que la Sociedad confunda su actividad misional con los negocios fiduciarios, que tienen limitantes contractuales y sujetos a los clausulados en que rigen las formas en que estos se desarrollaran.

1.1.3. Competencia e intervención de Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del PAP Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad y su Fondo Rotatorio.

El artículo 238° de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, autorizo la creación de un Patrimonio Autónomo administrado por FIDUPREVISORA S.A., para la atención de procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales, en las cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-. y/o su fondo rotatorio y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Para este propósito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y FIDUPREVISORA S.A.; suscribieron contrato de fiducia mercantil No 6.001-2016 cuyo objeto es el siguiente:

> *"Constitución de un patrimonio autónomo para la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales, en los que sea parte o destinatario el extinto departamento administrativo de seguridad -*

DAS- y/o su fondo rotatorio, que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención, en cumplimiento del art 238 de la Ley 1753 de 2015 "Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018".

En este sentido, es claro que la actuación de FIDUPREVISORA S.A. en los términos de la ley 1753 de 2015, se realizará en los asuntos o controversias que no guarden relación con la función trasladada donde se hayan incorporado servidores o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa para su atención.

En efecto, es procedente aclarar, que FIDUPREVISORA S.A., no es ni ha sido liquidador del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, y su relación con dicha entidad se limita a su gestión como fiduciario. Es decir, la naturaleza de ese vínculo es con ocasión a la constitución de un patrimonio autónomo administrativo y representado por la Fiduciaria, al que se transfieren los recursos monetarios destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad y actividades propias del PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO.

En este orden de ideas, encontramos que la naturaleza de las obligaciones de la FIDUPREVISORA S.A se limita la administración de los recursos fidecomitidos a fin de realizar los pagos a que hubiere lugar hasta concurrencia de los mismos, atención de procesos judiciales, entre otros, sin que en ningún momento la fiduciaria asuma la calidad de empleador, parte, sustituta, representante legal, o subrogataria, de las obligaciones que tenía a su cargo el Departamento Administrativo de Defensa DAS, pues las situaciones inherentes a la relación del extinto DAS y sus usuarios o exfuncionarios se agotaron con la supresión de dicha entidad y se escapan del resorte de esta sociedad fiduciaria.

VIII. EXCEPCIONES

A.- Falta de legitimación por causa pasiva.

Tal como se ha venido probando en el presente escrito, no existe una responsabilidad que pueda ser indilgada al PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO, como consecuencia de una acción u omisión, como lo señaló la propia parte actora en la narración del sustento fáctico de su demanda, ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Así las cosas, el empleador oficial del demandante es la unidad nacional de protección, , como lo señala en la demanda, y seria a esta corporación a quien corresponde pronunciarse respecto de las peticiones realizadas por su empleado, pues el Gobierno Nacional suprimió los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas funciones trasladadas y ordenó la incorporación de los servidores que las cumplían -entre ellos la parte actora- en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores (artículo 6º del Decreto 4057 de 2011).

Con base en lo anteriormente mencionado, al tratarse de servidores públicos incorporados, sin solución de continuidad en la unidad nacional de protección, la demanda debe dirigir sus pretensiones en contra de esa entidad, que es la entidad a donde fue incorporado el demandante posterior a la supresión del extinto D.A.S.

A lo anterior se agrega que según lo ordenó el artículo 9º del Decreto 4057 de 2011 los archivos que contienen la historia laboral de la parte demandante reposan en la unidad nacional de protección entidad que "sustituyó" - y que, a la fecha de la presentación de esta demanda, fue su ultimo empleador-, al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

En consecuencia, no hubo interrupción de la relación laboral una vez se incorporó el demandante del DAS a la unidad nacional de protección y en tal virtud, todos los asuntos que refieran a asuntos propios de la relación laboral -como ocurre en el sub examine- debe involucrar únicamente al actual y/o último empleador según se desprende de los artículos 6º, 7º y 9º del Decreto Ley 4057 de 2011.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2013 se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 4057 de 2011, al señalar:

> *"(...) El proceso de supresión del D.A.S. se ajustó a los preceptos constitucionales y legales, y procuró la protección de los derechos adquiridos, la estabilidad laboral y el debido proceso de los servidores en carrera cuyos cargos fueron suprimidos, a través de la incorporación a entidades afines en cargos escalonados y de la indemnización de perjuicios, según el caso. Adicionalmente, se repite, no existe obligación para el legislador de mantener en el tiempo los beneficios de un régimen cuya vigencia se agotó con la supresión del organismo para el cual fue establecido. De manera que, como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, una vez extinguida la entidad para el cual fue creado el régimen de carrera, éste desaparece del ordenamiento jurídico, salvo disposición especial del legislador en contrario. (...)"*

Es evidente que PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO no debe responder dentro del presente asunto por las pretensiones de la demanda, porque tal como se puede observar, esta no está llamada a comparecer al proceso.

El Consejo de Estado ha señalado en lo concerniente a la falta de legitimación en la causa por pasiva lo siguiente:

> "Se*gún se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso, y no de los órganos o de los representantes de éstos que acuden al proceso en nombre de la persona jurídica de derecho público. Así, es claro que en los casos en los que se demanda a la Nación, pero ésta no estuvo representada por el órgano que profirió el acto o produjo el hecho, sino por otra entidad carente de personería jurídica, no se está en presencia de falta de legitimación en la causa, sino de un problema de representación judicial.* ***Desde esta perspectiva, por el contrario, estamos ante un problema de falta de legitimación en la causa, cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra persona, entiéndase un Municipio, un Departamento u otra entidad pública con personería jurídica****" (Subrayado propio)*

De tal manera, es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo relacionado a las pretensiones de la parte demandante, no están llamadas a prosperar frente a la FIDUPREVISORA S.A., en razón a que como se dijo anteriormente, sus funciones se limitan a la gestión como Fiduciario con ocasión a la constitución de un Patrimonio Autónomo administrado y representado por la Fiduciaria.

Por lo anteriormente expuesto, desde nuestro sentir consideremos respetuosamente que debe ser menester del despacho desvincular del proceso al Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – y su Fondo Rotatorio por la Falta de legitimación por causa pasiva y quien debe comparecer dentro de este es la Unidad Nacional de Protección, como acredita en el acervo probatorio de la demanda.

B.- Caducidad por la ausencia de periodicidad de la prestación del demandante.

Teniendo en cuenta los hechos presentados en la demanda en los cuales se señala que el demandante prestó sus servicios al hoy extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS en los siguientes extremos temporales:

Nombre	Desde	Hasta
WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ	18 de agosto de 1994	31 diciembre de 2011

Así vemos que, bajo la tesis jurisprudencial de la caducidad por ausencia de la periodicidad de la de prestación del demandante, si se configuró la caducidad.

Es evidente que los conceptos reclamados por parte del demandante, el señor **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ no** se pueden considerar prestaciones periódicas que lo habiliten para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante que dejaron de cancelarse, con ocasión de su retiro de la entidad, el 31 diciembre de 2011, perdieron cualquier eventual connotación de periodicidad.

Veamos al respecto que ha dicho la jurisprudencia:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección segunda sub sección C providencia del 30 de agosto de 2017.

"Sobre el carácter económico de las prestaciones que devengan los servidores públicos, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2004 con radicado interno No 4145 2003 preciso que: (...) por regla general la posibilidad de demandar en cualquier tiempo apunta a los actos que tienen el carácter de prestación periódica, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe beneficiario."

En ese sentido dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas están comprendidas no solo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, si no también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.

Es evidente que la demanda pretende el reconocimiento de unas prestaciones que se encuentran revestidas de periodicidad lo cual no es posible reconocerse, dado que dicho derecho desapareció para el demandante con el retiro de la entidad quedando sujeta a los términos de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, 4 meses.

Para el caso del señor **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ** es evidente que al no tratarse de una prestación periódica y presentarse su retiro el 31 diciembre de 2011, el termino para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho feneció, el 30 de abril de 2012, y no con posterioridad, a pesar de que el demandante haya intentado revivir términos, solicitando mediante reclamación administrativa, la liquidación de sus prestaciones sociales incluyendo la prima especial de riesgo como factor salarial cuya respuesta desfavorable se dio mediante oficio No. 20190992872231 del 17 de diciembre de 2019.

C- P**rescripción y caducidad de las Cesantías**.

Frente al tema de la prescripción y caducidad de las Cesantías, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION** ha manifestado lo siguiente.

1.) Tribunal administrativo de Cundinamarca sección segunda subseccion "c" radicado no.: 11001-33-35-013-2018-00129-01 demandante: wilmer tellez demandado: agencia nacional de defensa jurídica del estado vinculado: fiduciaria la previsora s.a.

La caducidad debe entenderse como un fenómeno jurídico en virtud del cual, el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. La Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el asunto al manifestar que:

"(...) la caducidad, es el fenómeno jurídico que extingue la oportunidad de quien pretende controvertir la existencia de un derecho en sede judicial, cuando ha transcurrido el tiempo para interponer un medio de control u otro mecanismo previsto en la ley. De ahí que, el termino constituya un presupuesto procesal a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo el principio de seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal (…)[4]

Así, la obligación de presentar la acción dentro del término previsto por el legislador constituye un presupuesto procesal, que habilita al juez para pronunciarse sobre el fondo de las prestaciones de la demanda.
El H Consejo de Estado en su más reciente línea jurisprudencial ha fijado la misma postura frente a la caducidad de los funcionarios con respecto a la prescripción y caducidad de las Cesantías.

2.) Consejo de estado, mediante providencia de 2 de julio de 2020 2020. Mr. Gabriel valbuena hernández. Radicación número: 70001-23-33-000-2018-00071-01

"(…) ¡De forma que, para el caso del auxilio de cesantías la caducidad en el medio de control de nulidad v restablecimiento de! derecho estará determinada. Por la vigencia de la relación laboral pues como se refirió anteriormente. son una prestación periódica mientras el vínculo legal y reglamentario este activo, y por ende podrá darse aplicación a lo establecido en el literal c) numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de lo contrario, una vez finalizado tal anexo, el termino para acudir a la jurisdicción se sujetará a lo dispuesto en el literal d) numeral 2 del artículo 164 ibidem.
¡Se advierte que acto administrativo que definió la situación jurídica particular respecto del sistema legal aplicable a la prestación, es la Resolución 1560 de 26 julio de 2012 mediante la cual se reconoció y ordeno el pago de las cesantías definitivas en razón a la petición formulada previamente por la demandante e! 25 de enero del mismo año. Significa que la Alcaldía de Sincelejo, secretaria de Educación Municipal mediante la referida resolución atendió de fondo lo pedido por la actora y ello constituye en ese sentido, un acto administrativo definitivo como lo prevé del artículo 43 del CPACA. De manera que si la accionante, no estaba de acuerdo con lo dispuesto en el aludido acto, debió acudir directamente a la vía judicial teniendo en cuenta que no es obligatorio agotar el recurso de reposición para concluir la

[4] Ver radicado No. 52001-23-33-000-2013-00352-02(3618-15) de dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019). C.P. Cesar Palomino Cortes.

actuación administrativa, ni es requisito previo para demandar, sin embargo, lo que hizo fue presentar con posterioridad varios escritos solicitando la misma pretensión de reconocimiento y pago del auxilio con el régimen de retroactividad y !os intereses de mora ante su cancelación tardía. El Oficio 0101-10-.02-726 de 26 de septiembre de 2017 no es susceptible de control judicial para reclamar el reconocimiento y pago de las cesantías con el régimen de retroactividad y pago de intereses moratorios por su tardía cancelación**,** en la medida que el acto administrativo que definió esta situación particular fue la Resolución 1560 de 26 de julio de 2012 contra la cual no se inició ninguna acción judicial, en consecuencia, lo que se pretende es revivir términos que ya fenecieron para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (…)"

3.) Consejo de estado mediante providencia de 13 de febrero de 2020, radicado. 25000-23-42-000-2017-01035-01 m.p. William hernández gómez

(…) Es necesario concluir que cuando el asunto que se plantea ante la jurisdicción esté relacionado con las cesantías en vigencia de la relación laboral, estas tienen la naturaleza de prestación periódica, contrario sensu si ha Finalizado el vínculo, adquiere la naturaleza de unitaria, lo que se traduce en que su reclamación por vía judicial no puede representarse en cualquier tiempo, sino en atención al termino previsto en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA.
(...). (Negrilla y subrayado fuera del texto)

4.) Consejo de estado sección segunda subsección b NR: 76001-23-33-004-2018-00480-01 auto de fecha: 25/02/2021 ponente: césar palomino cortés actor: gloria amparo salgado quintero demandado: ministerio de educación nacional- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio

(…) [L]os actos administrativos susceptibles de ser controvertidos en sede jurisdiccional son las Resoluciones 4143.0.21.9625 del 23 de diciembre de 2016 y 4143.010.21.1853 del 6 de marzo de 2017, pues en ellas se ordenó el reconocimiento y pago de las Cesantías parciales reclamadas y se determinó el régimen aplicable. De manera que, si la parte actora tenía alguna inconformidad frente a dichas decisiones, tenía la posibilidad de interponer el recurso de reposición o, en su defecto, acudir directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa en aras de someter a un control de legalidad los referidos actos administrativo, dentro del término previsto en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del CPACA. Ahora bien, la Sala advierte que el vínculo laboral entre la parte demandante y la Secretaría de Educación Municipal de Cali finalizó el 30 de diciembre de 2015, razón por la que el **derecho reclamado no tiene la naturaleza de prestación periódica**; **(Negrillas propias)** de modo que, la oportunidad para presentar la demanda del epígrafe está limitada por el término previsto en la norma. En efecto, y en aras de contabilizar el término de Caducidad, se tiene que, la Resolución 4143.010.21.1853 de 6 de marzo de 2017, fue notificada a la parte accionante el 10 de marzo de la misma anualidad. Esto es, desde el 11 de marzo y hasta el 11 de julio de 2017, la parte actora tenía la oportunidad de presentar la demanda. No obstante, se observa que la misma fue presentada el 27 de febrero de 2018, esto es, por fuera del término previsto en la norma, conforme a lo previsto en el literal d), numeral 2º del artículo 164 del CPACA, en concordancia con el numeral 1º del artículo 169 ibidem, razón por la que operó el fenómeno jurídico de la Caducidad del medio de control invocado. (…)

5.) Consejo de estado sección segunda subsección a, nr: 2161224, 17001-23-33-000-2017-00012-01 (0281-20) auto de fecha: 23/07/2020 ponente: rafael francisco suárez vargas, actor: gonzalo echeverri londoño, demandado: ministerio de educación, fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y otros

(…) Cuando se pretende el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, no es procedente aplicar la regla de Caducidad de los 4 meses para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho mientras exista el vínculo laboral, **pero una vez finalizada esta relación no aplica el criterio de «periodicidad», por lo que debe atenderse el término de Caducidad del medio de control.(negrillas propias)** Dicho en forma breve, durante la existencia de la relación laboral, las prestaciones sociales y los salarios que se perciben tienen el carácter de prestaciones periódicas, hasta el momento en el que ocurre el retiro del servicio, pues a partir de aquí se convierten en prestaciones definitivas y, por ende, susceptibles de ser afectadas por la Caducidad. (…) mientras subsista el vínculo laboral, el auxilio de Cesantías tiene la connotación de periodicidad, pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo; adicionalmente, dichas actuaciones no son definitivas, pues solo adquieren tal carácter cuando termina la relación laboral, momento en el cual se efectúa la liquidación final y el pago de la totalidad de la prestación (…)

6.) Consejo de estado sección segunda subsección b nr: (2168375) 76001-23-33-000-2019-00055-01 5265-19 auto de fecha 06/11/2020 ponente : césar palomino cortés actor : jessica garcía ospina demandado: ministerio de defensa

(…) La Sala advierte que tal como lo establece la referida jurisprudencia, al momento que se termina el vínculo laboral, las Cesantías ya dejan de ser prestaciones periódicas; en este caso, como la muerte del causante originó la expedición de las resoluciones demandadas, entre ellas el reconocimiento de las Cesantías definitivas, tal prestación cambió su carácter periódico para adquirir una naturaleza unitaria y una prestación permanente. Así las cosas, esos actos administrativos están sometidos al término de Caducidad previsto en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del Ibídem. Ahora bien, la Sala advierte que como la pretensión de la demandante está encaminada a reliquidar y pagar las prestaciones sociales reconocidas al causante, le asiste razón al a quo al interpretar que la nulidad debe recaer sobre la Resolución 198848 de 22 de julio de 2015, pues fue ese el acto administrativo que las reconoció. En efecto y en aras de contabilizar el término de Caducidad, se tiene que la Resolución 198848 de 22 de julio de 2015 fue notificada personalmente a la parte accionante el mismo día de su expedición; de modo que, a partir del día siguiente empezó a correr el término de Caducidad del medio de control invocado, esto es, desde el 23 de julio del mismo año hasta el 23 de noviembre de 2015. En ese orden de ideas, la demanda fue radicada hasta el 29 de enero de 2019, razón por la que en el sub lite, operó el fenómeno jurídico de la Caducidad. Así las cosas, no es de recibo el argumento propuesto por la parte demandante en la alzada, al esbozar que "lo que busca no es la nulidad sino el cumplimiento de los actos demandados", pues las pretensiones de la demanda estaban dirigidas a la reliquidación y pago de las Cesantías ya reconocidas al causante mediante acto administrativo. En consecuencia, el recurso de apelación fue incoado respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, y

es ese punto el que está siendo objeto de estudio por la Sala. Si lo que pretendía la actora, era hacer cumplir los actos administrativos demandados y no la nulidad de los mismos, debió reformar la demanda dentro de la oportunidad establecida para ello y no hacerlo en el recurso de alzada, puesto que el estudio de este recurso está limitado a la decisión tomada por el Tribunal. (…)

7.) Consejo de estado sección segunda subsección "b", NR: 2166869, 25000-23-42-000-2016-01548-01 1234-18 auto de fecha: 23/10/2020 ponente: césar palomino cortés actor: alba maría ballesteros ballesteros, demandado ministerio de educación - fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio

(…) La Sala estima que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que en el sub examine se configuró la excepción de inepta demanda, toda vez que el acto administrativo definitivo es la Resolución 3723 de 29 de junio de 2012, que ordenó el reconocimiento y pago de unas Cesantías definitivas a favor de la parte accionante, con fundamento en la en la Ley 91 de 1989. Dicha decisión modificó la situación jurídica particular de la actora y en ésta se determinó el régimen aplicable; de modo que, si la parte actora tenía alguna inconformidad frente a la decisión adoptada por la autoridad administrativa, tenía la posibilidad de interponer el recurso de reposición o, **en su defecto, acudir directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa en aras de someter a control de legalidad el referido acto administrativo**,**(negrillas propias**) dentro del término previsto en el literal d) numeral 2º del artículo 164 del CPACA. Ahora bien, la Sala advierte que el vínculo laboral entre la parte demandante y la Secretaría de Educación de Bogotá finalizó el 14 de octubre de 2011, razón por la que el derecho reclamado no tiene la naturaleza de prestación periódica; de allí que la oportunidad para presentar la demanda del epígrafe está limitada por el término previsto en la norma. En efecto, y en aras de contabilizar el término de Caducidad, se tiene que, la Resolución 3723 de 29 de junio de 2012, fue notificada a la parte accionante en la misma fecha de expedición. De esta forma, la parte demandante tenía desde el 3 de julio de 2012 hasta el 6 de noviembre de la misma anualidad, para interrumpir la Caducidad del medio de control invocado; en ese orden de ideas, como la parte actora presentó la demanda el 29 de marzo de 2016, la Sala advierte que la misma fue presentada por fuera del término previsto en la norma, conforme a lo previsto en el literal d), numeral 2º del artículo 164 del CPACA, en concordancia con el numeral 1º del artículo 169 ibidem, razón por la que operó el fenómeno jurídico de la Caducidad del medio de control invocado. (…)

D.- De la improcedencia de reconocer la prima de riesgo como factor salarial a ex funcionarios del extinto D.A.S.

Las altas corporaciones judiciales se han pronunciado respecto a la improcedencia de reconocer la prima de riesgo a ex funcionarios del extinto D.A.S., con la finalidad de que sea reconocida como factor salarial para ajustes en prestaciones o salarios, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C- 279 del 24 de junio 1996 – actor: MANUEL ORLANDO HERNÁNDEZ – M.P. Dr. HUGO PALACIOS MEJÍA), ha sido enfática en establecer que la misma no constituye un factor salarial.

Pretende el demandante que el extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS – tenga en cuenta la prima de riesgo como un factor salarial al momento de liquidar todas las prestaciones sociales a las que tenía derecho, en virtud de la supresión del empleo que

desempeñaba en el Departamento, desconociendo el criterio de unificación sobre la prima de riesgo establecido por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en Sentencia del 01 de agosto de 2013. CP. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 44001 23 31 000 2008 00150 01 (0070-11), según el cual, la prima de riesgo debe tenerse en cuenta únicamente cuando se trate de reliquidación de pensiones, más no para efectos de liquidación de prestaciones sociales, como en el caso que nos ocupa.

En la mencionada sentencia de unificación de criterios sobre el reconocimiento de la prima de riesgo, el Alto Tribunal manifestó:

"(…) Teniendo en cuenta lo anterior y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha norma sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados (…)"

Esta interpretación ha sido acogida por diferentes despachos judiciales al resolver controversias análogas a la que aquí se ventila, como se ilustra a continuación:

1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de segunda instancia, del 11 de febrero de 2016 Magistrado Ponente: Néstor Javier Calvo Chaves. Expediente No. 11001333503020140010301. Demandante. Aldemar Antonio Casallas Bonilla. Demandado. Departamento Administrativo de Seguridad DAS – en proceso de supresión – y Fiscalía General de la Nación., que concluyó:

"(…) Pese a que el demandante percibió de manera habitual y periódica la prima de riesgo en un porcentaje del 35%, el carácter salarial de acuerdo a la jurisprudencia en cita (Se refiere a la sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013) solamente le fue atribuido para el ingreso base de liquidación de la pensión y no para la liquidación de las prestaciones sociales. Razón por la cual los argumentos allí expuestos no pueden trasladarse al presente asunto al no tratarse de analogía cerrada.

2. Adicionalmente, la Corte Constitucional Corte Constitucional, Sentencia C-081 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero de 1996, desde antaño ha sostenido que el legislador tiene libertad de configuración legislativa para efectos de determinar si una prima tiene o no el carácter salarial:

"El Legislador tiene en principio la facultad de desarrollar la Carta y, en función de tal cometido, puede establecer definiciones más o menos amplias de ciertos conceptos constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, tal y como sucede con la categoría de remuneración laboral salarial. Para comprender los alcances y límites de esta libertad relativa del Legislador es necesario tener en cuenta que, a nivel global y en materia de conceptos indeterminados, la relación del ejecutivo con la ley no es la misma que la del Congreso con la Constitución…"

3. Seguidamente, para fundamentar su decisión, cita aparte de la sentencia C-424 de 2006, proferida por el máximo Tribunal Constitucional, así:

"La Corte Constitucional elaboró en la sentencia C-279 de 1996 un conjunto de conceptos que se reiteran aquí para declarar la exequibilidad de la disposición demandada en el presente proceso. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en

consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales.

Subrayó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, que la actora había confundido dos conceptos cuya distinción era, a su juicio, indispensable: por una parte, el concepto de régimen salarial, y, por otra, la noción de salario.

Dijo la Corte, que mientras el régimen salarial constituye el género, el salario, entretanto, es la especie. Así las cosas, agregó, por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales."

Concluyó la Corte, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores. A propósito de lo anterior, vale la pena transcribir el siguiente pasaje:

…Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional."

Con fundamento en lo anterior, el Ad quem decide CONFIRMAR la sentencia recurrida que negó las pretensiones de la demanda:

"(…) No es posible inaplicar por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, cuando la misma Corte Constitucional ha dicho que al legislador le es dable señalar que determinado emolumento no tiene factor salarial, como sucedió en el presente caso.

Por estas razones, es forzoso concluir que, en el presente asunto, como quiera que la negativa de tener en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales obedeció a lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, que señaló expresamente que no tenía el carácter salarial, la Sala encuentra ajustado a derecho el acto enjuiciado, razón por la cual se despachará desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el demandante y se confirmará la sentencia de primera instancia".

4. El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de segunda instancia proferida el 31 octubre de 2014, Magistrado Ponente Dr. Cristóbal Rafael Christiansen Martelo. Expediente 08 001 33 33 005 2013 00131 00 (numero interno 2014-00574 CH). Demandante: Wenceslao José Mestre Vives, por su parte concluyó:

"Nótese que el H. Consejo de Estado es categórico al señalar que dicha prima debe ser tenida en cuenta solamente como factor para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, lo cual la excluye de ser reconocida como factor salarial para liquidar prestaciones sociales. (Negrilla fuera del texto original) En razón de lo anterior, la Sala llega a la irrefutable conclusión que, toda vez que el actor no se encuentra en la situación señalada en precedencia para conceder las suplicas de la demanda, es decir, no está solicitando liquidación de pensión, no se puede proferir decisión diferente a la de confirmar la sentencia de primer grado, y así se dispondrá en la parte resolutiva de la presente sentencia."

En efecto, se hace forzoso señalar que, en el mencionado fallo del Tribunal Administrativo del Atlántico, se citó por primera vez el criterio unificado del Consejo de Estado, citado en líneas precedentes, el cual, en aras de aclarar la controversia sobre el otorgamiento de la prima de riesgo, expresó de forma contundente:

"En este punto, advierte la Sala, sin necesidad de mayores elucubraciones que la disposición que la vida a la prima de riesgo estableció que la citada prima, no constituye factor salarial. "

De otra parte, es necesario traer a colación que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido acerca de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial que solamente debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar pensión, tal como lo afirmó el A quo*." De esta manera, se determina que el H. Consejo de Estado, ha señalado que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta como factor salarial para el reconocimiento de las pensiones vitalicias de jubilación o de vejez, más no afirma que la misma tenga naturaleza como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, como en el caso bajo estudio."*

Interpretación Jurisprudencial Reciente En recientes fallos que decidieron idénticos temas sustanciales se ha tenido en cuenta que la prima de riesgo no constituye factor salarial, entre otros fallos anuncio los siguientes:

5. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente No. 44001-23-31-000-2006-00150-01(0070-11) Sentencia del 1 de agosto de 2013.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación consideró que la prima de riesgo para los empleados del DAS sí constituía factor salarial, pero para efectos de establecer el ingreso base de la pensión de jubilación o vejez, pero no para efectos de liquidación de prestaciones sociales.

"Considera la Sala que, al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, las primas de riesgo tienen un innegable carácter salaria, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decreto 1137 y 2646 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.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS" …

En este orden de ideas, pese a que el demandante percibió de manera habitual y periódica la prima de riesgo, el carácter salarial de esta prima de acuerdo con la jurisprudencia citada solamente le fue atribuido para el ingreso base de liquidación de la pensión y no para la liquidación de prestaciones sociales, razón por la cual los argumentos allí expuestos no pueden trasladarse al presente asunto al no tratarse de analogía.

6. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA- Sala Tercera de Decisión. Fecha 06 de Julio de 2016, Magistrada ponente: Diva Cabrales Solano. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Expediente No. 23001333300220130022501
Demandante: José Yesid Martínez Chávez
Demandado: Nación, Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Caso similar al hoy debatido, con fundamento en la sentencia 279 de 1996 de la Corte Constitucional al considerar que el legislador tiene amplias facultades configurativas para establecer que sumas pagadas a un trabajador, así sean habituales y periódicas tienen o no

naturaleza salarial como así lo dispuso el legislador en el decreto 2646 de 1994 artículo 4º cuando expresamente excluyó el carácter salarial de la prima de riesgo en comento.

Se refirió también el Juez a que precedentes judiciales del Consejo de Estado en los que se han reconocido el carácter salarial de la prima, solo han concernido a casos de liquidación de pensión de jubilación a los beneficiarios del régimen de transición, lo que es distinto al presente caso, por tratarse de reliquidación de prestaciones y derechos laborales distintos al PENSIONAL.

Así mismo consideró el A quo que, no obstante, el Consejo de Estado en las consideraciones de la sentencia aceptó la existencia de la amplia facultad legislativa del legislador, para determinar qué factores constituyen salario, le reconoció el carácter salarial para liquidación de la pensión para no afectar el derecho de igual da en cuanto a la pensión. Y el Juez de segunda instancia al confirmar el fallo en estudio sostuvo lo siguiente:

Acorde con la sentencia 521 de 1995 de la Corte Constitucional, concluyó lo siguiente:

"El legislador en ejercicio de la libertad de configuración legislativa puede restar el carácter prestacional a una prestación, para la liquidación de determinadas prestaciones, sin que por ello dicha prestación pierda su carácter salarial, trasladando dicho argumento para el caso de la prima de riesgo se puede advertir que ésta perfectamente puede no tener carácter salarial para la liquidación de las prestaciones, PERO NO PERDER EL CARÁCTER SALARIAL PARA EFECTOS PENSIONALES."

"…Para concluir, teniendo en cuenta que por parte de la Corte Constitucional se ha estudiado el carácter salarial de las primas de otras entidades y se ha señalado que comprende la órbita de la libertad configurativa del legislador, no incluirlas para la liquidación de prestaciones, sin que ello les reste carácter salarial, ratio decidendi, aplicable al caso, debe confirmarse la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo oral del circuito de Montería…"

7. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2016. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del derecho Magistrado Ponente: Néstor Javier Calvo Chávez
Expediente: No. 11001-33-35-030-2014-00103-01
Demandante: Aldemar Antonio Casallas Bonilla
Demandado: DAS – fiscalía general de la Nación.

"Así las cosas, no es posible inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 cuando la misma Corte Constitucional ha dicho que al legislador le es dable señalar que determinado emolumento no tiene factor salarial, como sucedió en el presente caso.

" Por estas razones, es forzoso concluir que en el presente caso como quiera que la negativa de tener en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales obedeció a lo previsto en el artículo 4º del decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, que señaló expresamente que no tenía carácter salarial, la sala encuentra ajustada a derecho el acto enjuiciado, razón por la cual se despachará desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el demandante y se confirmará la sentencia de primera instancia…"

8. JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE CÚCUTA DE FECHA FEBRERO 23 DE 2016 Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del derecho Expediente No. 54-001-33-33-005-2013-00064-00
Demandante: Yiomar Roldán Hernández Ramos
Demandado: DAS y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

" ...De manera pues que si el legislador estableció la denominada prima especial de riesgo, indicando expresamente que esta no constituye factor salarial, sin que ello se vean

comprometidos los derechos mínimos e irrenunciables darle una connotación a ésta en la liquidación de las demás prestaciones sociales, contraviniendo la disposición restrictiva-normativa, pues dicha prima, en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sólo puede tener efecto como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de los servidores del DAS, de tal suerte que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones, no es contraria a las normas jurídicas superiores.

" Bajo esta perspectiva, debe precisarse que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2646 de 1994 y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que la prima especial de riesgo debe ser tenida en cuenta solamente como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez, lo cual la excluye de ser reconocida como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, no es posible acceder a las pretensiones del señor Yiomar Roldán Hernández, toda vez que, pese a que el mismo percibió de manera habitual y periódica la prima solicitada en un porcentaje de 35%, el carácter salarial de tal prima, sólo le fue atribuida para el caso de que se tenga en cuenta como ingreso base de liquidación de una prestación pensional… FALLA. Primero. Niéguense las pretensiones…" (Negrilla fuera del texto).

9. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A DE FECHA ENERO 28 DE 2016 MAGISTRADO PONENTE: CARMEN ALICIA RENJIFO SANGINO Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del derecho Expediente No. 2014-0103-01
Demandante: Cielo Eugenia Ramírez Ortiz
Demandado: DAS

El Tribual al confirmar sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda sostuvo:

" Visto lo anterior, es evidente que la prima de riesgo que ostentaban algunos servidores del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, goza de una naturaleza salarial intrínseca, sin embargo, tal naturaleza salarial, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, sólo se aplica para el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional, es decir, solo fue atribuida para el caso de que se tenga en cuenta como ingreso base de liquidación de un prestación PENSIONAL y no para la liquidación de las prestaciones, lo cual se está solicitando en el caso objeto de estudio.

En dicho escenario, a pesar que se encuentra demostrado dentro del expediente que la demandante ha recibido de manera habitual y periódica la mentada prima de riesgo, de lo analizado previamente, es claro que tal factor salarial se debe tener en cuenta como ingreso base de liquidación de una prestación pensional y no para la liquidación de prestaciones, por lo que la pretensión de la parte actora en dicho sentido no está llamada a prosperar…"

10. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", en fallo del 2 de junio de 2016 Magistrado ponente: Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino. Expediente 2014-0202-01
Demandante: Antonio María Bustos Cruz.
Demandado: Unidad Nacional de Protección (Extinto DAS.)

Fallo en el cual revoca la sentencia de primera instancia y niega las pretensiones de la demanda en un caso similar al hoy debatido de siguiente manera:

(…) "Como se advierte de las normas transcritas la prima de riesgo no es factor salarial para ninguna de las prestaciones sociales, cuya
reliquidación se pretende por la parte actora en el asunto bajo estudio; lo que conlleva a que este Tribunal revoque la sentencia que accedió a las suplicas de la demanda.

Cosa distinta ocurre con la reliquidación de las pensiones de los servidores que gozaban de régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad, a los cuales el Consejo de Estado les ha concedido que la prima de riesgo sea estimada como factor salarial (y esta Sala ha acogido esa posición al considerarlo un precedente); decisión que se asume seguramente por resultar esa Corporación coherente con la tesis expuesta en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en la que se aduce que la reliquidación del IBL de las prestaciones regidas por la transición de la Ley 100 de 1993, esto es, con las leyes 33 y 62 de 1985, debe ser con la inclusión de todos los factores devengados.

Resulta oportuno aclarar que sólo a los empleados del DAS regidos por la ley 860 de 2003, y porque este cuerpo normativo lo ordena, para el ingreso base de liquidación de sus pensiones se les tomará en cuenta la prima de riesgo en el porcentaje allí puntualmente señalado" …

11. CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO En fallo del 8 de marzo de 2018 RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2018-00066 al resolver una tutela interpuesta por AMPARO BECERRA TARAZONA En contra del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER señalo lo siguiente:

" 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 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 facto 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 «[f]ijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública», en consonancia con la Ley 4a de 1992.

Ahora bien, a pesar de que la demandante no se refirió de forma expresa al posible desconocimiento de algún precedente judicial, se advierte que el Tribunal demandado sí sustentó su decisión conforme al criterio zanjado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de agosto de 2013, emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-000150-01, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve. Al respecto, encuentra la Sala que, efectivamente, con la citada sentencia del 10 de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS, y, por tanto, debía ser incluida dentro del ingreso base de liquidación, así:

(...) con la finalidad de unificar criterios en tomo al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.

"Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación... ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en

razón a la prestación de sus servicios. Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

"Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

"De manera que, se considera acertada la decisión cuestionada, en la medida de que no es posible aplicar la regla establecida en la aludida providencia, puesto que aquella se dirigió a una situación jurídico administrativa en concreto, a saber, la inclusión de la prima de riesgo dentro del ingreso base de liquidación pensional de algunos funcionarios del DAS, tales como detectives, agentes y criminalísticos. Por tanto, para la Sala, no le asiste razón a la demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, toda vez que, i) es la misma norma la que no le concede la naturaleza de factor salarial a la mencionada prima y, ii) la referida sentencia de unificación no contempló la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo sobre haberes distintos a los pensionales...

12. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA - SALA SEGUNDA DE ORALIDAD - en fallo del16 de MARZO de 2018 Expediente 05001-33-33-024-2013-01149-01
Demandante JUAN CARLOS LEON VALENCIA.
Demandado: NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS
Señala:

"Ahora bien, respecto al argumento presentado por la entidad demandad tendiente a que la prima de riesgo no puede ser tenida en cuenta para realizar la liquidación de las prestaciones sociales, señala esta sala que dicho factor, por encontrarse excluido expresamente en el decreto 2646 de 1994, no puede contemplarse como un factor salarial"

(…)

"Ahora como se manifestó con anterioridad el Consejo de Estado acogió la tesis según la cual la prima de riesgo no constituía factor salarial, en tanto se daba un apego estricto al artículo 4 del decreto 2646 de 1994:

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.

"Tesis que como ya se expuso con anterioridad, fue replanteada por el Consejo de Estado como máxima corporación de lo contencioso administrativo y teniendo en cuenta la prevalencia de la realidad sobre las formas, le dio el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, independientemente que la norma que la creó estableciera de manera expresa que la misma no tenía naturaleza salarial, sin embargo, dicho carácter le fue atribuido a tal prima únicamente para efectos de reconocer pensiones de jubilación o de vejez, lo que hace que la jurisprudencia sea restrictiva, es decir, que solo se tendrá en cuenta como factor salarial cuando se pretenda que la misma sea incluida en la base salarial de la pensión de jubilación…"

13. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER - en fallo del 19 de julio de 2017 Expediente 54-001-33-33 -002- 2013- 00081- 01 Demandante Lilia Amparo Becerra Tarazona.

Demandado: NACIÓN DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS, Manifestó:

"ahora bien en reciente pronunciamiento realizado por el mismo tribunal de cierre, se debatió, si la prima de riesgo podría ser incluida como factor para liquidar prestaciones sociales, así como fue contemplada para el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez o jubilación de los ex empleados del Antiguo DAS, al respecto la Sección Quinta del H. Consejo de Estado (6) expresó:

" En conclusión, la sala considera que no es posible aplicar la regla establecida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual la prima de riesgo constituye factor salarial para la liquidación dela pensión de jubilación, a aquellas que son objeto de reproche constitucional en las que se pretende la reliquidación de las demás prestaciones sociales con dicho emolumento, sencillamente, porqué en la sentencia de unificación nada se dijo sobre la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo sobre las demás prestaciones sociales devengadas por los empleados del DAS" (subraya y resalta de la sala.

(6) Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente Alberto Yepes Barreiro, de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número 11001-03-15-000-2016-03647-01"
Y continúa el tribunal administrativo de Norte de Santander:

" De acuerdo con lo anterior se puede concluir, que la prima de riesgo si es un factor salarial de carácter permanente, que tiene que tenerse en consideración, para efectos de definirse el ingreso base de cotización y liquidación de las pensiones de los servidores del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS- pero no como factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones sociales, pues según lo esgrimido por el Consejo de Estado, solamente debe tenerse en cuenta para efectos de reconocimiento pensional y no para los demás haberes prestacionales, pues de otra manera en la misma sentencia de unificación lo hubiera expresado".

14. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA - SALA SEGUNDA DE ORALIDAD en fallo del 12 de MARZO de 2018 Expediente 05001-33-33-011-2013-0187-01
Demandante NINDY MELISSA REYES BAQUERO.
Demandado: NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS.

Manifestó, luego de citar la sentencia del Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente Alberto Yepes Barreiro, de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número 11001-03-15-000-2016-03647-01, lo siguiente:

"Así las cosas, bajo esta perspectiva no es posible acceder a las pretensiones de la señora Nindy Melissa Reyes Baquero, toda vez que, pese a que le mismo percibió de manera habitual y periódica la prima solicitada, el carácter salarial a tal prima, solo fue atribuida para el caso de que se tenga en cuenta como ingreso base de liquidación de una prestación pensional y no para la liquidación de las prestaciones, lo cual se está solicitando en el caso bajo estudio." (1)

"En igual sentido se encuentran el pronunciamiento del tribunal contencioso administrativo de la Guajira, del 08 de marzo de 2018 dentro del proceso con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado 44-001-33-33-001-2013-00184-01, actor Julián Andrés Villalba Taba"

"(…) el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación de determinó que la prima de riesgo constituía factor salarial, pero para efectos de ser incluida en la base de la liquidación de cotización y la pensión de jubilación.

15. De conformidad con la sentencia de agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018), proferida por el honorable CONSEJO DE ESTADO en SALA PLENA, CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación Radicado número 52001-23-33-000-2012-00143-01.

En donde se dice de manera enfática a cerca de la posibilidad de que no sean tenido en cuenta como factores salariales algunas de las sumas de dinero recibidas por el trabajador, que el legislador expresamente excluyó. A manera de ilustración tomaremos algunos apartes de la citada jurisprudencia.

(…)

"...los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de las transiciones son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".

(…)

"La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional ".

(…)

"...A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración en listó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base."

16. Tesis expuesta por la Sección Tercera, Subsección A

Desconocimiento del precedente de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dado que si bien es cierto que los empleados del extinto D.A.S. tenían un régimen especial y que el Consejo de Estado aceptaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial del IBL, dicho criterio sufrió la modificación, por la cual, en virtud del principio de solidaridad en materia de seguridad social, para todos los regímenes, especiales o no, se tendrían como factores salariales los enlistados en la norma, entre los cuales no se encuentra la "prima de riesgo".

Por lo anterior, la Sección Tercera Subsección A señala en estos casos, que se vulnera el derecho al debido proceso, cuando el Tribunal a accionar desconoció arbitrariamente el precedente establecido por el C.E., más aún cuando la tesis que acogió y aplicó dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fue recogida en la sentencia de

unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, expediente radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

17. Tesis expuesta por la Sección Quinta, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

"Defecto sustantivo por el desconocimiento de la potestad de configuración legislativa, materializado cuando el Tribunal "aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraríe los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica" (Sentencia T-208A de 2018 de la Corte Constitucional, que cita, a su vez, las sentencias SU 159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras).

Debe tenerse en cuenta si el Tribunal dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho advierte o refiere que la prima de riesgo tenía naturaleza de factor salarial independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue dicha condición, aduciendo que el mismo razonamiento que hizo el Consejo de Estado en la SU de 2013 para las pensiones, es aplicable para las prestaciones.

Así las cosas, para la Sección Quinta del Consejo de Estado el Tribunal cuestionado incurre en defecto sustantivo y en el desconocimiento de la sentencia C – 424 de 2006, porque la postura de la sentencia de unificación de 2013 se encuentra rectificada por la por la Sala Plena de la misma Corporación en sentencia del 28 agosto de 2018 y porque interpretarla de manera extensiva desconoce la libertad de configuración legislativa.

Respecto a la sentencia C - 424 de 2006, esta dispuso: "por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el 'régimen salarial' esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales". Concluyó la Corte Constitucional que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores.

Corolario de lo anterior, para la Sección Quinta resulta indicar que 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, hace parte de la potestad que recae sobre el Gobierno conforme a lo dispuesto en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior.

Por ello, considera que una sentencia del Tribunal, que ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo por lo habitual y periódico de esta y, a que fue percibida como contraprestación de los servicios prestados por un exfuncionario, desconoce la potestad de configuración legislativa que determina el carácter salarial o no de las mismas."

De conformidad con lo anterior, es evidente que las primas recibidas por el trabajador que sean excluidas como factor salarial, por parte del legislador, no pueden ser tenidas en cuenta como tal por los operadores judiciales.

E.- Prescripción con ocasión del retiro del servicio u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías, el empleado conozca el valor de estas.

El Honorable consejo de estado, se pronunció respecto al fenómeno de prescripción en estricto sentido se la siguiente manera.

1. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicado: 25000234200020120144602, No. interno: 3367 – 2019, Demandante: CARMEN ROSA DUSSAN AVELLA, Demandado: Nación, Ministerio

de Relaciones Exteriores, Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Tema: Reliquidación de cesantías, Segunda Instancia

> *"(…) en relación con el fenómeno extintivo de las cesantías anualizadas, esta Corporación*[5] *ha sostenido, que* ***se hacen exigible por regla general, a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que,*** *con ocasión del retiro del servicio u otra circunstancia como* ***el retiro parcial de las cesantías, el empleado conozca el valor de estas, y es a partir de este momento en que se inicia la oportunidad para reclamar su reajuste****."*

En la misma línea, los más recientes pronunciamientos con respecto a la ocasión del retiro del servicio u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías, el empleado conozca el valor de estas, ha manifestado lo siguiente:

2. JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA
Sentencia del trece (13) de septiembre dos mil veintiuno (2021)
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: CARLOS ALBERTO ALBA SUESCA
Demandado : FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA EXTINTO D.A.S. Y SU FONDO ROTATORIO
Radicación : 150013333009 2020-00120-00

"(…) De acuerdo a lo expuesto en la argumentación normativa y jurisprudencial, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 los derechos laborales prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles y en el caso particular de las cesantías liquidadas anualmente, como en el asunto en estudio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho término de prescripción se cuenta a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que, con ocasión del retiro del servicio **u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías**, el empleado conozca el valor de estas. (…)

(…) Ahora, en el presente asunto si bien se encuentra probado que la prestación le fue liquidada y pagada anualmente por el D.A.S. al demandante, a través del FNA, desde 1994 hasta 2011, no fueron aportados los actos de liquidación, ni su notificación en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968, y por lo tanto no tiene certeza el despacho de si esa notificación se surtió anualmente y si es así en qué fechas exactamente. (…)

(…) Sin embargo, del extracto individual de cesantías se desprende que el demandante realizó retiros parciales de cesantías, en su mayoría para abonos a crédito hipotecario, en abril 7 de 2000, en enero 26 de 2001, en abril 6 de 2001, en agosto 29 de 2001, en septiembre 7 de 2001, en febrero 20 de 2002, en febrero 20 de 2003, en mayo 26 de 2004, en febrero 15 de 2005, en octubre 21 de 2005, en

[5] Ver entre otras; (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 20 de septiembre de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, número de radicación 25000-23-42-000-2012-01850-01 (2156-15) y (ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 30 de noviembre de 2017, C.P. Gerardo arenas Monsalve, número de radicación 2012-00921-01 (2438-2014). Al respecto, también puede verse: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01910-01(4175-19), Actor: MYRIAM ELENA BELTRÁN DE FORERO, Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Referencia: RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS.

febrero 22 de 2006, en febrero 23 de 2007, en febrero 28 de 2007, en mayo 14 de 2007, en febrero 15 de 2008, en mayo 23 de 2008, en febrero 10 de 2009, en marzo 29 de 2010, en mayo 5 de 2010, en mayo 14 de 2010, en marzo 14 de 2011 y en marzo 8 de 2013. (…)

(…) Lo anterior, implica que a partir de las fechas aludidas el demandante tuvo conocimiento de como le fueron liquidadas sus cesantías y por lo tanto a partir de ese momento se hizo exigible el derecho que ahora reclama, no obstante, desde el último retiro parcial el 8 de marzo de 2013, hasta la reclamación administrativa el 20 de agosto de 2019, pasaron mas de 6 años, lo que hace evidente que en el caso operó el fenomeno extintitivo de prescripción, pues se superaron ampliamente los 3 años a que se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, situación que se extiende a los intereses sobre las cesantías. (…)

(…) En consecuencia, de oficio se declarará probada la excepción de prescripción y como ya se había anunciado, se negarán las pretensiones de la demanda. (…)"

3. JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA
Sentencia del trece (13) de septiembre dos mil veintiuno (2021)
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: CESAR HERNAN MESA MONTAÑEZ
Demandado : FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA EXTINTO D.A.S. Y SU FONDO ROTATORIO
Radicación : 150013333009 **2020-00156-00**

"(…) De acuerdo a lo expuesto en la argumentación normativa y jurisprudencial, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 los derechos laborales prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles y en el caso particular de las cesantías liquidadas anualmente, como en el asunto en estudio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho término de prescripción se cuenta a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que, con ocasión del retiro del servicio **u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías**, el empleado conozca el valor de estas. (…)

(…) Ahora, en el presente asunto si bien se encuentra probado que la prestación le fue liquidada y pagada anualmente por el D.A.S. al demandante, a través del FNA, desde 2001 hasta 2011, no fueron aportados los actos de liquidación, ni su notificación en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968, y por lo tanto no tiene certeza el despacho de si esa notificación se surtió anualmente y si es así en qué fechas exactamente. (…)

(…) Sin embargo, del extracto individual de cesantías se desprende que el demandante realizó retiros parciales de cesantías en octubre 12 de 2010 y en agosto 28 de 2012. Lo anterior, implica que a partir de las fechas aludidas el demandante tuvo conocimiento de como le fueron liquidadas sus cesantías y por lo tanto a partir de ese momento se hizo exigible el derecho que ahora reclama, no obstante, desde el último retiro parcial el 28 de agosto de 2012, hasta la reclamación administrativa el 2 de julio de 2019, pasaron casi 7 años, lo que hace evidente que en el caso operó el fenomeno extintitivo de prescripción, pues se superaron ampliamente los 3 años a que se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, situación que se extiende a los intereses sobre las cesantías. (…)
(…) En consecuencia, de oficio se declarará probada la excepción de prescripción y como ya se había anunciado, se negarán las pretensiones de la demanda "(…)

4. JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA
Sentencia del trece (13) de septiembre dos mil veintiuno (2021)
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: CESAR HERNAN MESA MONTAÑEZ
Demandado : FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA EXTINTO D.A.S. Y SU FONDO ROTATORIO
Radicación : 150013333009 2019-00263-00

(…) De acuerdo a lo expuesto en la argumentación normativa y jurisprudencial, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 los derechos laborales prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles y en el caso particular de las cesantías liquidadas anualmente, como en el asunto en estudio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho término de prescripción se cuenta a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que, con ocasión del retiro del servicio u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías, el empleado conozca el valor de estas. (…)

(…) Ahora, en el presente asunto si bien se encuentra probado que la prestación le fue liquidada y pagada anualmente por el D.A.S. al demandante, a través del FNA, desde 1990 hasta 2011, no fueron aportados los actos de liquidación, ni su notificación en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968, y por lo tanto no tiene certeza el despacho de si esa notificación se surtió anualmente y si es así en qué fechas exactamente. (…)

(…) Sin embargo, del extracto individual de cesantías se desprende que el demandante realizó retiros parciales de cesantías, en su mayoría para abonos a crédito hipotecario, en enero 7 de 2000, en marzo 23 de 2000, en abril 27 de 2000, en abril 6 de 2001, en septiembre 26 de 2001, en febrero 15 de 2002, en febrero 20 de 2003, en febrero 27 de 2004, en febrero 15 de 2005, en febrero 22 de 2006, en febrero 28 de 2007, en mayo 14 de 2007, en febrero 15 de 2008, en marzo 28 de 2008, en abril 15 de 2009, en junio 2 de 2010, en marzo 3 de 24 de 2011 y en febrero 9 de 2012. (…)

(…) Lo anterior, implica que a partir de las fechas aludidas el demandante tuvo conocimiento de como le fueron liquidadas sus cesantías y por lo tanto a partir de ese momento se hizo exigible el derecho que ahora reclama, no obstante, desde el último retiro parcial el 9 de febrero de 2012, hasta la reclamación administrativa el 2 de julio de 2019, pasaron mas de 7 años, lo que hace evidente que en el caso operó el fenómeno extintivo de prescripción, pues se superaron ampliamente los 3 años a que se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, situación que se extiende a los intereses sobre las cesantías. (…)

(…) En consecuencia, de oficio se declarará probada la excepción de prescripción y como ya se había anunciado, se negarán las pretensiones de la demanda. (…)

F.- Inexistencia de obligación de pagar obligaciones de funciones trasladas a otras entidades

Como hemos venido manifestando al largo del escrito de defensa, teniendo en cuenta que el decreto-ley 4057 del 31 de octubre de 201, expedido por EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, señalando que dicha supresión debería adelantarse en el término de dos (2) años, tiempo que podría ser adicionado por un (1) año más, no es el PAP FIDUPREVISORA S.A quien debe comparecer dentro del proceso tal cual como se le dio a conocer al apoderado de la parte actora.

Así mismo, mediante el artículo 3° del precitado decreto, ordenó el traslado de las funciones que correspondían al Departamento Administrativo de Seguridad DAS contempladas en el capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004 a diferentes entidades y organismos.

G.- Desconocimiento De La Potestad Legislativa

En las pretensiones relacionadas en la demanda, es evidente la presencia de un desconocimiento de la potestad legislativa, ante la claridad de que la norma contentiva de la prima de riesgo como factor salarial, descansa de forma exclusiva y excluyente en el Congreso, por lo que no puede el Juez de lo Contencioso Administrativo inaplicar el contenido de una ley que no ha sido ni derogada, ni declarada inexequible, ni nula, ya que ello deslegitimaria el contenido del artículo 230 de la Constitución, según el cual: "(...) Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial
(...)
La Corte Constitucional, en la sentencia C-279 de 1996, tomó, analizó y elaboró un conjunto de conceptos que se reiteran para declarar la exequibilidad de la disposición decreto 2626 de 1994. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó dos aspectos: De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad.

Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales.

Subrayó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, que la actora había confundido dos conceptos cuya distinción era, a su juicio, indispensable: por una parte, el concepto de régimen salarial, y por otra, la noción de salario, Dijo la Corte, que mientras el régimen salarial constituye el género, el salario, entretanto, es la especie.

Así las cosas, agregó, por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedara facultado para filar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales. Concluyó la Corte, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores. A propósito de lo anterior, vale la pena transcribir el siguiente pasaje:

"Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional (...) "

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, y en virtud de la potestad de configuración legislativa, el Gobierno Nacional, en su calidad de legislador excepcional, tiene la facultad de determinar qué factores tienen o no el carácter salarial, y por lo tanto no es posible que el juez administrativo inaplique -por inconstitucional- el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, como sucedió en el presente caso, pues se desnaturaliza la función del juez de administrar justicia, para enmarcarse en un plano de ejercicio del poder legislativo, el cual únicamente radica en el Congreso, y en determinados casos por delegación, en el Gobierno Nacional.

Por lo tanto, reiteramos no es posible que el juez administrativo inaplique por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, como sucedió en el presente caso, pues se desnaturaliza la función del juez de administrar justicia, para enmarcarse en un

plano de ejercicio del poder legislativo, el cual únicamente radica en el Congreso, y en determinados casos por delegación, en el Gobierno Nacional.

En consecuencia, la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha debido declarar probada las razones del recurso de apelación invocadas por la demandada con base en la sentencia de unificación de agosto de 2018.

Por ende, es del caso manifestar que la Subsección, al proferir la providencia controvertida, no se refirió con la rigurosidad exigida, a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, del H. consejo de Estado, incumpliendo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia de tener en cuenta las sentencias de unificación como precedente judicial, y por el contrario, la marginó limitándose al análisis de la sentencia de tutela del 6 de agosto de 2015.

Es evidente que, en el fallo, objeto de la presente acción, se asumió una posición totalmente equivocada frente al régimen de prima de riesgo y la inaplicación del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, al darle connotación de factor salarial a la prima de riesgo, haciendo una interpretación equivoca del precedente y un desconocimiento de la potestad legislativa.

Adicionalmente, y como no la tuvo en cuenta, al no considerarlo aplicable al caso, al haberse apartado del precedente jurisprudencial, tendría que haberla sustentado, de conformidad con lo que precisa el Consejo de Estado, sección segunda, C.P., María Adriana Marín, de fecha 2 de julio de 2019, que señala al respecto en su parte pertinente:

"Se precisa que, tal y como lo ha explicado esa alta Corporación, una autoridad judicial puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando cumpla dos requisitos. El primero, que haga referencia expresa al precedente que abandona (principio de trasparencia) y, el segundo, que explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que debe apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)."

Así las cosas, en la sentencia cuestionada, esto es, la proferida el veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se acogió y aplicó el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013, según la cual la prima de riesgo sí constituía un factor salarial, sin manifestar y sustentar el porqué o no se tenía en cuenta o se apartaba del precedente Jurisprudencial contenido en la en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto del 2018, bajo el radicado 52001-23-33-000 -2012-00143.01. CP. Dr. Cesar Palomino Cortés, sustento que se echa de menos en la sentencia objeto de la presente acción, tan solo haciendo una breve mención a ella en un par de apartes de la sentencia.

Es así como reiteramos, que, si conocía el fallo, de la sentencia de unificación de agosto de 2018, pero no le parecía que se debía aplicar para el caso sub examine, para lo cual debió haber seguido los derroteros de la providencia del 2 de julio de 2019, donde fue enfático el Consejo de Estado, en concluir que:

"La Sala concluye que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que se acreditó que el despacho accionado desconoció arbitrariamente el precedente establecido por esta Corporación, máxime cuando la tesis que acogió y aplicó en el caso concreto, como se expuso, fue recogida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, expediente radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01."

IX- EXCEPCIÓN GENÉRICA

Solicito al Despacho que se reconozca de manera oficiosa cualquier hecho exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que enerve las pretensiones de la parte actora.

X. PETICIÓN

De manera respetuosa solicito al señor juez, con base en lo expuesto en este escrito, sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en razón de esto, se desvincule del proceso al **PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO.**

XI. PRUEBAS

Solicito se tengan en cuenta las siguientes pruebas documentales que obran dentro del proceso.

- **OFICIOS**

Solicito al despacho, se ordene oficiar al Archivo General de la Nación, con el propósito que se allegue el acto administrativo con el cual el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, liquido las prestaciones sociales al señor **WILSON ALIRIO RINCÓN JIMÉNEZ**

XII. ANEXOS

- Poder otorgado en mi favor.
- Certificado de existencia y representación legal de Fiduprevisora S.A.
- Antecedentes administrativos los cuales pueden ser consultados en el siguiente link: https://drive.google.com/drive/folders/1havCfwFh5iXwOnLQ4tnphoxR1ly6JIVx?usp=sharing

XIII. NOTIFICACIONES

- Fiduprevisora S.A en la calle 72 No 10-03 de la ciudad de Bogotá D.C., o en el correo electrónico, notjudicial@fiduprevisora.como.co, papextintodas@fiduprevisora.com.co

- El suscrito apoderado las recibirá en la calle 85 No 19 B-22 Oficina 408 Bogotá D.C., o en el correo electrónico: noti.riverosvictoriaabo@gmail.com

De la Señora Jueza;

RODRIGO ANDRÉS RIVEROS VICTORIA
C.C. 88.204.510 de Cúcuta (Norte de Santander)
T.P. 100.924 del Consejo Superior de la Judicatura