



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 08001233300020130061001 (0886-2015)
Demandante: JAVIER GUTIÉRREZ
Demandada: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD

Tema: Liquidación de cesantías de empleado público del DAS con la inclusión de la prima de riesgo y la prima técnica.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-003-2020

ASUNTO



Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Javier Gutiérrez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹ formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones²

1. Declarar la nulidad del Oficio DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG 110003 del 27 de febrero de 2013.
2. A título de restablecimiento del derecho, condenar al DAS reconocer y cancelar al demandante «[...] las diferencias en las Cesantías producto de la no inclusión de todos los factores salariales [...]», esto es, sin la prima de riesgo y la prima técnica.
3. Condenar a la demandada pagar las sumas reconocidas al demandante de manera retroactiva, debidamente indexadas, así como los intereses moratorios.
4. Condenar al Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos relevantes³

1. El señor Javier Gutiérrez laboró en el DAS entre el 19 de septiembre de 1986 y el 31 de octubre de 2011.
2. Señaló que «[...] mediante Decreto 1933 de 1.989, se expidió el régimen prestacional especial para los empleados del D.A.S. estableciendo en el artículo 4º del pre citado Decreto, la prima especial de Riesgo la cual se le cancelaba mensualmente y una prima adicional por cada año de servicios [...]»
3. De igual forma, indicó que «[...] Con fecha 13 de junio de 2.005, fue nombrado en comisión del servicio como Directivo Seccional, por periodos consecutivos

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

² Folios 1 a 2.

³ Folio 2.



hasta el 14 de junio de 2.011, devengando una prima adicional mensual del 30% sobre el salario base [...]»

4. Finalmente, sostuvo que para determinar el monto de las cesantías «[...] trasladadas anualmente por D.A.S. al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en el ingreso base de liquidación, no se tomaron en cuenta todos los factores salariales que mi poderdante recibía mientras estuvo laborando, como son: prima de navidad, prima de vacaciones, prima por año de servicio, prima especial de Riesgo según el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, la prima técnica (por cargo de Dirección). Los cuales deben tenerse en cuenta como factores que constituyen salario [...]»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.⁴ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁵

En el presente caso a folios 117 a 118 y en CD a folio 120 se indicó en la etapa de excepciones previas:

«[...] En relación con las excepciones previas propuestas, se tiene que el DAS en supresión, propuso las de Caducidad, Inepta demanda y Haberse dado a la demanda un trámite diferente al que corresponde [...]

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:

⁴ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.

⁵ Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. (2012). EJRLB.



Afirma en suma la entidad accionada, que la demanda fue presentada por fuera del término de 4 meses que otorga la ley 1437 de 2011 [...]

En relación con lo anterior el Tribunal observa que si bien no yace en el expediente la constancia de notificación del oficio DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG 11003 de 27 de febrero de 2013 cuya nulidad se deprecia, en el cuerpo del mismo se observa la constancia de haberse remitido con indicación de la fecha 08/03/2013 (fl.16), y haciendo el conteo respectivo a partir del día siguiente, tomando en cuenta que la solicitud de conciliación fue presentada el 31 de mayo de 2013 ante la Procuraduría, y la respectiva constancia expedida el 18 de julio de 2013, se puede colegir que el término de 4 meses para presentar la demanda transcurrió hasta el mes de octubre de 2013, y la demanda transcurrió hasta el mes de octubre de 2013, y la demanda había sido presentada el 15 de agosto del mismo año, es decir, en oportunidad, razón por la cual la excepción de caducidad deberá declararse no probada.

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES:

Considera la excepcionante que no se satisfizo la exigencia legal de indicar con precisión todas las normas que se estiman violadas con el acto administrativo atacado, así como indicar de qué forma ocurre esa violación, pero el Tribunal observa que, contrario a lo manifestado [...] la parte demandante sí enunció tanto Fundamentos de Derecho, como Normas violadas y Concepto de violación, visibles a folios de 2 al 7 del expediente, razón por la cual la excepción que nos ocupa no se ha probado.

EXCEPCIÓN DE “HABERSE DADO A LA DEMANDA UN TRÁMITE DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE”:

Afirma en suma la parte demandada que ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho implica que el derecho reclamado existe, y en el presente caso no es así. Además, que la expedición del acto administrativo atacado se efectuó sin un proceso administrativo previo, es decir sin ser consecuencia de un derecho de petición elevado por el interesado, pero el Tribunal considera que tales argumentos expuestos por la excepcionante, nada tienen que ver con la excepción enunciada o el trámite del medio de control que nos ocupa, que es desarrollado en virtud de una pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual ésta excepción tampoco está llamada a prosperar.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo del Atlántico [...] RESUELVE:



PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PROPUESTA POR EL DAS EN SUPRESIÓN.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA PROPUESTA POR EL DAS EN SUPRESIÓN.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE HABERSE DADO A LA DEMANDA UN TRÁMITE DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE PROPUESTA POR EL DAS EN SUPRESIÓN.

[...]» (Mayúscula del original)

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁶

En la audiencia inicial a folio 118 se fijó el litigio respecto del problema jurídico, así:

«[...] El litigio pasará por determinar si al señor Javier Gutiérrez le asiste o no el derecho al reconocimiento de las diferencias de las cesantías producto de la no inclusión de todos los factores salariales preceptuados en el Decreto 1933 de 1989, entre ellos, la prima especial de riesgo y la prima técnica, así como al pago de intereses moratorios por tal concepto, y en tal caso, determinar si ocurrió la prescripción de los derechos reclamados, y si ello fuere así, desde cuándo. [...]».

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁷

El *a quo* profirió sentencia escrita el 15 de junio de 2014, en la cual denegó las pretensiones del demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

⁶ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.

⁷ Folios 145 a 163.



En primer lugar, el Tribunal encontró demostrado que el señor Javier Gutiérrez laboró en el DAS entre el 19 de septiembre de 1986 y el 31 de octubre de 2011, y que al momento de solicitar el reconocimiento de la prima de riesgo y la prima técnica ya se encontraba desvinculado de la entidad.

En segundo lugar, se pronunció frente a los antecedentes de la prima de riesgo otorgada para algunos de los cargos del Departamento Administrativo de Seguridad, de las cuales concluyó que dicha prestación no constituía factor salarial.

De igual forma, señaló que el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 1.º de agosto de 2013 indicó que la prima de riesgo gozaba de una naturaleza salarial intrínseca que permite ser tenida en cuenta como factor salarial para efectos de determinar el ingreso base de cotización y liquidación de las pensiones de los servidores del DAS, pero que los efectos de la citada sentencia solo permiten su inclusión para el cómputo pensional; y que el mismo legislador no le dio dicha connotación, al margen de lo dispuesto en el fallo citado, para liquidar las cesantías con ese concepto según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En tercer lugar, respecto a la prima técnica señaló que el Decreto 1661 de 1991 previó diferentes criterios para su concesión, es decir, si se trata de la prestación por formación avanzada y experiencia altamente calificada, caso en el cual debe ser incluida, o si es por evaluación de desempeño, evento en el que no constituye factor salarial, por lo que corresponde determinar el criterio aplicable para efectos de definir si el demandante tiene derecho o no al cómputo del mencionado rubro para la liquidación de sus cesantías. De igual forma, precisó que el Decreto 1016 de 1991 creó una prima técnica automática que tampoco constituye factor salarial.

En virtud de ello, afirmó que respecto del señor Javier Gutiérrez no existe certeza sobre cuál fue el fundamento legal para reconocer y pagar la prima técnica en su favor y agregó que en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que la percibida corresponde a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

Por otra parte, el *a quo* argumentó que no se acreditó en el expediente que los valores consignados al FNA por concepto de cesantías no correspondieran a lo que se debió girar a dicho Fondo, así como tampoco se aportaron los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías que permitieran determinar la forma en que se liquidó la prestación.



Por ende, concluyó que debían negarse las súplicas del demandante por cuanto la presunción de legalidad del acto administrativo demandado permanece incólume.

Acorde con los anteriores razonamientos, el Tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) negó las pretensiones de la demanda, y; ii) se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN⁸

La parte demandante apeló la decisión del Tribunal. Las razones en que se fundamenta su recurso son las siguientes:

El señor Javier Gutiérrez manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia al considerar que no se realizó un análisis armonioso de las normas acompañadas con el precedente judicial. Para el efecto, sostuvo que el acto administrativo demandado está incurso en causal de nulidad por falsa motivación, por cuanto el DAS estaba obligado a reconocerle la prima de riesgo, la prima técnica y los demás factores salariales regulados en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989.

Adicionó que el *a quo* solo se pronunció respecto a dos de los factores reclamados, con lo cual se menoscabaron sus derechos vinculados al artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Asimismo, indicó que en aplicación al principio de favorabilidad y dado que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, irrenunciables e imprescriptibles por ser parte de la seguridad social de los trabajadores, se debe propender por la real y efectiva protección de sus derechos laborales.

En ese sentido, consideró que no resulta admisible que se desconozca el carácter salarial de las primas de riesgo y técnica en materia de cesantías, pero que sí se incluyan en materia pensional, motivo por el cual y en virtud del derecho a la igualdad, estos factores deben ser tenidos en cuenta para la liquidación del auxilio.

⁸ Folios 170 a 175.



En similar sentido, adujo que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 reguló que constituyen salario todas las sumas percibidas por el trabajador habitual y periódicamente como retribución a sus servicios. Agregó que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 fijó como factor salarial para la liquidación de las cesantías y pensiones la prima técnica, aunado a que la naturaleza de la prestación está armonizada con la función de carácter técnico ejercida por el DAS.

Por último, sostuvo que tiene título de tecnólogo en administración pública de la ESAP y de abogado, además de 25 años de experiencia en la entidad demandada, lo cual lo hace merecedor de devengar la prima técnica como contraprestación a sus servicios, y que contrario a lo manifestado por el *a quo*, si demostró con los recibos de pago y demás certificaciones arrimadas al proceso que devengó mensualmente la prima de riesgo y la prima técnica, por lo que el DAS no logró desvirtuar las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁹: el señor Javier Gutiérrez insistió en los argumentos expuestos en su demanda y recurso de apelación. De igual forma, señaló que a través del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 el legislador reconoció el carácter de salario de la prima de riesgo.

Agregó que el argumento según el cual el Decreto 1933 de 1989 no incluyó la prima de riesgo y la prima técnica como factores salariales no debe ser tenido en cuenta porque si bien no se citaron dichos factores, no se prohibió su carácter salarial en su creación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial a folio 277.

CONSIDERACIONES

Competencia

⁹ Folios 264 a 270



De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Cuestión previa

En el presente caso se observa que el señor Javier Gutiérrez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), entidad que fue suprimida según lo dispuso el artículo 1.º del Decreto Ley 4057 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario determinar qué entidad actúa como sucesora procesal del extinto DAS, tal como lo regula el artículo 68 del CGP por remisión expresa del artículo 306 del CPACA. En ese sentido, el inciso segundo del artículo 68 *ejusdem* regula a su tenor lo siguiente:

«[...] **ARTÍCULO 68. SUCESIÓN PROCESAL.**

[...]

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran. [...]»

Por consiguiente, el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, «por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018», regula:

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



«Artículo 238. Atención de procesos judiciales y reclamaciones administrativas del extinto DAS y constitución de fiducia mercantil. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7º y 9º del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) 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.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil.»

En ese orden de ideas, se observa en el expediente solicitud efectuada por la jefe encargada de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a folios 278 a 280, en el sentido de desvincular a dicha entidad para que, en su lugar, se tenga como entidad demandada a la Fiduprevisora como sucesora procesal de acuerdo con la suscripción de contrato de fiducia mercantil 6001-2016 cuyo objeto fue definido así:

«[...] 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 [...]»

De acuerdo con lo anterior, la subsección concluye que por expresa disposición legal la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo constituido para la defensa de la entidad extinguida es la sucesora procesal del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad y, en consecuencia, tiene legitimación en la causa por pasiva para conocer de los procesos que no guardan relación con aquellas funciones trasladadas a otras entidades de la Rama Ejecutiva, motivo por el que se requiere su vinculación a la presente controversia.



En ese sentido, la Corporación advierte que a folio 300 del expediente obra poder suscrito por la apoderada general de la Fiduprevisora S.A. para ser representada en el presente proceso como vocera del patrimonio PAP, en el que se cita como beneficiario a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Razón por la cual se desvinculará del proceso a esta última por cuanto según lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, es el patrimonio autónomo quien tiene la competencia para conocer y atender de las reclamaciones no asignadas legalmente a otra autoridad administrativa como ocurre en el caso de las obligaciones laborales y prestacionales de los ex empleados del extinto DAS.

En virtud de lo aquí analizado, y de acuerdo con la sucesión procesal tras la desaparición del Departamento Administrativo de Seguridad se considerará como parte demandada a la Fiduprevisora S.A. como «vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo DAS y su Fondo Rotatorio».

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿El régimen prestacional aplicable al demandante como empleado del extinto Departamento Administrativo de Seguridad para efectos de liquidar sus cesantías, permite la inclusión de las primas de riesgo y técnica?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: El régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 prevé que para efectos de la liquidación de las cesantías deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 *ejusdem*, el cual no incluye la prima especial de riesgo o la prima técnica, razón por la cual el demandante no tiene derecho a que se le tengan en cuenta dichos factores para efectos a la liquidación de la prestación, como se explica a continuación:

Régimen prestacional aplicable a los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad

En virtud de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República en el artículo 1.º de la Ley 43 de 1988, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1933 de 1989, «[p]or el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad», el cual en su artículo 1.º indicó:



«**Artículo 1.º. Norma general.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.»

Según lo transcrito, los empleados del extinto DAS tenían derecho a las prestaciones reguladas en el Decreto 1933 de 1989, pero también a todas aquellas previstas en las normas que regulaban el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional.

En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 al reglamentar lo relacionado con las cesantías, definió expresamente cuáles serían los factores para liquidar dicha prestación de los empleados del DAS, al señalar en su artículo 18 lo siguiente:

«**Artículo 18. Factores para la liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) La prima de navidad;
- h) Los gastos de representación;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;
- j) La prima de vacaciones.»

De la lectura del artículo 18 transcrito se observa con claridad cuáles son los factores sobre los cuales se debe liquidar el auxilio de cesantías, sin que en dicho listado se incluyera la prima especial de riesgo y la prima técnica, esta última en ninguna de sus variantes.

Ahora bien, el demandante adujo a folio 1 del libelo introductor que la nulidad del acto administrativo cuestionado en el *sub examine* se deprecia porque el Departamento Administrativo de Seguridad al depositar sus cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro no liquidó estas con la inclusión de todos los factores salariales regulados en el Decreto 1933 de 1989 ni con la prima de riesgo devengada a partir de 1992 y la prima técnica desde el año 2005.

No obstante lo anterior, se advierte de la solicitud elevada ante el extinto DAS el 21 de febrero de 2013 por parte del señor Javier Gutiérrez, visible de



folios 11 a 15, que la petición del libelista se centró exclusivamente en el reconocimiento de la prima de riesgo y la prima técnica como factores salariales para efectos de pagar el reajuste «[...] retroactivamente en todas las prestaciones sociales causadas como son primas legales, bonificación por prestación de servicios, vacaciones, primas de vacaciones, cesantías e intereses de cesantías debidamente indexadas, incluyendo los intereses moratorios que se desprendan de la falta de pago por estos conceptos, de acuerdo al monto devengado como prima de riesgo y prima técnica sobre el salario básico. [...]»

Así las cosas se advierte que si bien el señor Gutiérrez en la demanda hace referencia general a que se le debieron incluir todos los factores salariales regulados en el Decreto 1933 de 1989, lo cierto es que lo realmente pretendido por este es que se liquiden sus cesantías con la inclusión de la prima de riesgo y la prima técnica por él devengadas.

Por esta razón y en virtud del principio de congruencia que debe existir entre lo peticionado en sede administrativa con lo deprecado en sede judicial, la Sala únicamente se pronunciará respecto a si el demandante tiene derecho a que se incluyan estos dos factores para la liquidación de la prestación solicitada en sede judicial, que se reitera, solo será sobre el auxilio de cesantías.

Frente a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las cesantías de los empleados del DAS

En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 contempló en su artículo 4 una prima de riesgo en las siguientes condiciones:

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

Posteriormente el Decreto 1137 de 1994 previó la prima de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, así:

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

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.» (subrayado de la Sala)



Finalmente, tanto el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 como el Decreto 1137 de 1994 fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Artículo 5o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994.» (subrayado de la Sala)

De las diferentes normas citadas que regulan o regularon la prima de riesgo para los empleados del DAS se puede observar con claridad cómo se dispuso expresamente que esta no constituye factor salarial.

Ahora bien, el demandante considera que la prima de riesgo debe ser computada en la liquidación en sus cesantías, según la sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013¹² que determinó que es un factor salarial constitutivo del ingreso base de liquidación de las pensiones de los detectives del extinto DAS.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente: 440012331000200800150 01. Demandante: Enrique Duque Blanco. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

En efecto, la sentencia de unificación citada le dio la connotación de factor salarial a la prima de riesgo, no obstante solo lo hizo en materia pensional, en los siguientes términos:

«[...] 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. [...]»

Por consiguiente, desde una óptica histórica y exegética se puede concluir que la voluntad del legislador siempre ha sido que la prima de riesgo no constituya factor salarial. Lo anterior, no obstante la jurisprudencia de esta Corporación sostenga desde 2013 que la mentada prestación sí pueda ser catalogada como factor salarial, pero únicamente para efectos de determinar el ingreso base de cotización de la pensión de jubilación para aquellos servidores del extinto DAS que devengasen el factor en comento, es decir:

- La sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 determinó que la prima de riesgo percibida por los empleados del extinto DAS tenía un innegable carácter salarial al hacer parte de la contraprestación directa a que tenían derecho por sus servicios prestados en los diferentes cargos de la entidad, según lo previsto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994.
- Sin embargo, la providencia en cita solo hizo referencia a la posibilidad de incluir la prima de riesgo como factor salarial en el cómputo del IBC de la pensión de jubilación o de vejez de los servidores públicos que laboraban en el Departamento Administrativo de Seguridad. Ello se advierte al sostenerse que la finalidad de la unificación jurisprudencial en dicha ocasión consistía en:

«[...] unificar criterios en torno 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. [...]» (Subrayado de la Sala)

- En ese sentido, la prestación a la que aludió la sentencia de unificación, se reitera, fue la pensión de jubilación o la de vejez, prestación que difiere del auxilio de cesantía, respecto del cual el legislador determinó taxativamente los factores salariales bajo los cuales se debe liquidar.
- A su vez, el auxilio de cesantía no fue objeto de estudio en la sentencia de unificación de 2013, motivo por el cual no puede extenderse la interpretación efectuada por esta Corporación a una prestación



diferente, aun cuando ambas, pensión de jubilación y cesantías, estuviesen reguladas por la misma norma en cuanto a los factores para su liquidación según se observa del contenido del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989.

En ese orden de ideas, para la subsección no es posible extender los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 1.º de agosto de 2013 en la forma pretendida por el demandante, esto es, incluir la prima de riesgo como factor para liquidar y pagar el auxilio de cesantías, por cuanto se trata de prestaciones diferentes. Aunado a ello, conforme se estudió en precedencia la sentencia en cita no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para efectos de la forma en que deben reconocerse y pagarse las cesantías a quienes laboraron en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad.

Sobre la inclusión de la prima técnica

Respecto a la prima técnica debe precisarse que esta se encuentra regulada en el Decreto Ley 1661 de 1991, así como en los Decretos 2164 de 1991, 1336 de 2003 y 2177 de 2006. En ese sentido, la norma de 1991 determinó cuales son los criterios para la concesión de esta, así: i) por título de formación avanzada y experiencia altamente calificada y; ii) por evaluación de desempeño.

Pero en cuanto a su connotación como factor salarial, el Decreto Ley 1661 de 1991 en su artículo 7 indicó expresamente que:

«Artículo 7. Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación.

La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2º del presente Decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo» (Subrayado de la Sala).

Es decir que el artículo citado fue claro al consagrar que la prima técnica solo constituiría factor salarial cuando se otorgue por título de formación avanzada y experiencia altamente calificada, sin que se extendiera ese efecto a la prima por evaluación de desempeño.

En ese sentido, el apelante alegó que los departamentos administrativos fueron creados con una función eminentemente técnica por lo que las funciones debían ser desempeñadas por personal capacitado, para lo cual afirmó que acumuló 25 años continuos de experiencia en la extinta entidad y en folios 176 a 185 adjuntó copias de algunos diplomas que acreditan su formación en el programa básico de detectives investigadores urbanos; como abogado; tecnólogo en administración municipal, con diplomado en actualización en jurisprudencia; y su participación en diferentes seminarios de liderazgo, trabajo en equipo, alta gerencia pública, anticorrupción y



transparencia institucional. No obstante, de manera alguna afirma o prueba el criterio por el cual esa prima le fue reconocida y cancelada por el Departamento Administrativo de Seguridad.

Ahora bien, la Corporación considera que en el *sub examine* es innecesario determinar si la prima técnica percibida por el señor Javier Gutiérrez lo era por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada o por evaluación de desempeño, porque aun cuando la devengara en virtud del primero, que sí constituye factor salarial para la liquidación de algunas prestaciones sociales y laborales, lo cierto es que el auxilio de cesantías de los empleados del DAS cobijados por el Decreto 1933 de 1989 no se computa con la prima técnica.

Para el efecto, el demandante en sus pretensiones es claro e insistente en solicitar la liquidación de sus cesantías conforme lo dispone el Decreto 1933 *ejusdem*, el cual se reitera, en su artículo 18 es preciso en indicar cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para efectos de computar la prestación deprecada, sin que en esta se incluyera la prima técnica o la prima de riesgo.

De acuerdo con lo anterior, una vez precisado que la sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 solo previó extender la connotación de factor salarial a la prima de riesgo en los casos de liquidación de la pensión de jubilación, y que la norma que el demandante pretende se aplique a su caso tampoco contempla que la mentada prima o la prima técnica sean factores computables para efectos del auxilio de cesantías, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Por último, si bien el libelista en su recurso de apelación hace referencia a que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 sí incluyó la prima técnica como factor salarial para el cómputo de las pensiones y cesantías de los empleados públicos del sector nacional, la Sala estima que dicha situación no implica en forma alguna que al señor Javier Gutiérrez deba incluirse esta para la liquidación de su prestación por cuanto no está demostrado que el nulidisciente solicitó la aplicación de la norma de 1978 que contenía el régimen prestacional general, en virtud del principio de inescindibilidad o conglobamento¹³, dado que en su condición de empleado del Departamento Administrativo de Seguridad le era aplicable el Decreto 1933 de 1989 «Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad»

En conclusión: El auxilio de cesantías del señor Javier Gutiérrez no se puede computar con la prima de riesgo y la prima técnica por cuanto dichos factores no están incluidos en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1978 que es la norma que pretende el demandante se aplique en su caso, y los efectos de

¹³ Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T-350 de 2012, T-831 de 2014.



la sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 no se extendieron a la liquidación de las cesantías.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia apelada toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016¹⁴ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

¹⁴ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁵ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] »



De conformidad con lo señalado, en el presente proceso a pesar de que la parte demandante resulta vencida, no se condenará en costas de segunda instancia al señor Gutiérrez porque no hubo intervención en esta instancia de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Tener como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS dentro de la presente actuación a Fiduprevisora S.A., como «vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo DAS y su Fondo Rotatorio».

Segundo: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 15 de agosto de 2014, que negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló el señor Javier Gutiérrez contra el Departamento Administrativo de Seguridad en supresión.

Tercero: Desvincular de la presente actuación judicial a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Sin condena en costas de segunda instancia.

Quinto: Reconocer personería adjetiva para actuar en nombre y representación de la Fiduprevisora S.A., como «vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo DAS y su Fondo Rotatorio», al abogado Rodrigo Andrés Riveros Victoria, identificado con cédula de ciudadanía 88.204.510 y portador de la tarjeta profesional 100.924 del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con el poder a él conferido que obra a folio 300 del expediente.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ