



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: SOLICITUD DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA
Radicación: 05001-33-33-000-2013-01009-01(2263-2018)
Demandante: GIOVANI DE JESÚS ARANGO CUARTAS
Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN, UNP¹

Temas: Sentencia de unificación. Prima de riesgo como factor de liquidación de prestaciones sociales de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

SUJ-027-CE-S2-2022

ASUNTO

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo², con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y el artículo 14 numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado³, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación remitido por el Tribunal Administrativo de Antioquia⁴, por solicitud de la Unidad Nacional de Protección, UNP. El recurso fue interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia del 28 de julio de 2015 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda⁵

2. El señor Giovani de Jesús Arango Cuartas, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión.

¹ Por medio de auto del 14 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín decretó que la Unidad Nacional de Protección UNP es sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en el presente asunto (f. 75).

² Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.

³ Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019.

⁴ Mediante auto del 22 de marzo de 2018, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, ordenó la remisión del expediente a la Sección Segunda del Consejo de Estado para que profiriera sentencia con fines de unificar la posición sobre la materia.

⁵ Ff. 1 a 14.



Pretensiones⁶

- a) Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio núm. E-2310,18-201309739 del 11 de junio de 2013, por medio del cual la subdirectora de talento humano del DAS le negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación de las prestaciones sociales.
- b) Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se reliquiden todas las primas legales y extralegales, tales como, vacaciones, primas de servicio, vacaciones y navidad; cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho, así como el reajuste de los aportes a la seguridad social con inclusión de la prima de riesgo.
- c) Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
- d) Que se condene en costas a la entidad.

Fundamentos fácticos⁷

- a) El señor Giovani Arango Cuartas laboró al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, seccional Antioquia, desde el 18 de diciembre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de agente escolta grado 05, del área operativa.
- b) Durante el tiempo que laboró en la entidad devengó mensualmente la prima de riesgo de que trata el Decreto 1933 de 1989, modificado por los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, en valor equivalente al 30% de su asignación básica.
- c) El Departamento Administrativo de Seguridad liquidó las prestaciones sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.
- d) Mediante petición radicada el 30 de mayo de 2013, el demandante le solicitó a la entidad la reliquidación de sus prestaciones con inclusión de la prima de riesgo y el pago de las diferencias causadas por dicho concepto.
- e) A través del acto administrativo contenido en el oficio núm. E-2310,18-201309739, la entidad denegó su petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

4. La parte demandante citó como normas vulneradas las siguientes: artículos 4, 53, 58 y 93 de la Constitución Política; 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990.

5. El demandante expuso que el acto acusado vulneró las normas constitucionales, al haber negado la liquidación de las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, sin incluir la prima de riesgo. En su criterio, tal decisión desconoció que el concepto de salario involucra todas aquellas sumas que se pagan con ocasión de la relación laboral, independientemente de la denominación que reciban, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU-995 de 1999, en la cual tuvo en cuenta lo consagrado por el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 54 de 1992.

⁶ F. 3.

⁷ Ff. 1 a 3.



6. Con base en lo anterior, afirmó que lo procedente era inaplicar por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto excluye el carácter salarial de la prima de riesgo, en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 4 de la Carta Política. De esta manera, manifestó que se debía atender el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas pactadas por las partes de la relación laboral, según lo dispuesto por el artículo 53 *eiusdem*.

7. Así mismo, indicó que la inaplicabilidad del Decreto 2646 de 1994, por contrariar normas superiores, se hizo aún más evidente con la decisión del Gobierno nacional de corregir la alegada incongruencia, con la expedición del Decreto 4057 de 2011, por el cual suprimió el DAS. En dicho acto, reconoció tácitamente la naturaleza salarial de la prima de riesgo, al incorporarla a la asignación básica y concebirla como factor para todos los efectos legales, para no desmejorar las condiciones salariales del personal que sería incorporado a las entidades receptoras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

8. El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en proceso de supresión, contestó la demanda para oponerse a las pretensiones.

9. Expuso que de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, la prima especial de riesgo, equivalente al 35% de la asignación básica mensual, que devengan los detectives especializados, profesionales o agentes, criminalísticos especializados, profesionales o técnicos y los conductores, no constituye factor salarial. Agregó que tampoco se encuentra prevista como tal por las Leyes 33 y 62 de 1985 ni por el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989. Por esa razón, señaló que la entidad no tiene la facultad legal para reliquidar las prestaciones sociales causadas, con inclusión de dicho emolumento.

10. Seguidamente, interpuso las siguientes excepciones:

- *Caducidad de la acción*: sostuvo que el demandante ya había ingresado al servicio del DAS para el momento en el que entró en vigor el Decreto 2646 de 1994, sin embargo, solo hasta el año 2012 presentó la reclamación, por lo tanto, ya operó el término para el ejercicio de cualquier acción.
- *Buena fe*: indicó que mientras estuvo vigente la relación laboral, el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas no presentó reclamación respecto de lo que en este proceso es objeto de pretensión.
- *Inexistencia de la obligación*: afirmó que la entidad sufragó todos los salarios y prestaciones de conformidad con las leyes aplicables al caso del demandante. En consecuencia, carece de sustento legal el reconocimiento de suma adicional alguna.
- *Pago*: insistió en que canceló todos los emolumentos que se generaron durante la relación laboral.
- *Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*: adujo que el escrito inicial no satisface adecuadamente los requisitos formales, puesto que no precisó las normas violadas ni explicó debidamente cómo se vulneran las disposiciones aludidas por el demandante.
- *Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*: en su criterio, el oficio demandado es de mera comunicación que no constituye un acto administrativo. Explicó que aquel se limitó a informar que



la prima especial de riesgo no está prevista por la ley como factor de liquidación de prestaciones sociales. Indicó que con la petición del solicitante buscó revivir términos judiciales para presentar la demanda, que corresponde a la justicia ordinaria laboral, en atención al objeto de la pretensión.

- *Falta de interés jurídico para obrar*: insistió en que el emolumento reclamado como factor salarial no tiene tal naturaleza.
- *Enriquecimiento ilícito e injustificado del actor*: manifestó que acceder a las pretensiones implicaría el enriquecimiento ilícito y sin justa causa, lo cual está proscrito por la ley.
- Genérica: pidió que se declare probada cualquier excepción que se encuentre configurada de oficio.

Audiencia inicial⁸

11. A continuación, se resumen las principales decisiones adoptadas en la audiencia inicial, llevada a cabo el 13 de noviembre de 2014.

Decisión sobre las excepciones (art. 180-6 CPACA)

12. Respecto de las excepciones previas se indicó:

13. En relación con la alegada ineptitud de la demanda, consideró:

«[...] bajo la presunta existencia de un acto administrativo, diferente al acusado y a través del cual se liquidaron las prestaciones sociales del actor, el cual debió ser acusado en sede jurisdiccional, el Despacho en procesos judiciales que se llevan a cabo en curso bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de **manera oficiosa, ha requerido tanto al DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN como a la entidad a la que se ha incorporado el demandante**, para que en caso de existir el referido acto a través del cual se haya efectuado la liquidación de los conceptos ya referidos, remita copia del mismo, **con su correspondiente constancia de notificación**.»

En consideración a lo requerido, de las respuestas emitidas por las entidades a las que se han incorporado los correspondientes actores, así como de la respuesta dada por el DAS EN SUPRESIÓN, esta Agencia Judicial no ha advertido la existencia de acto administrativo definitivo, expedido de manera previa a la presentación de la demanda que deba ser objeto de control de legalidad y que impida al Despacho el conocimiento de la presente acción, por la configuración de inepta demanda que avizore fallo inhibitorio, por el contrario ha encontrado que no existe imposibilidad en cabeza del demandante de buscar pronunciamiento de fondo en el *sub examine*.

Con lo dicho, el Despacho en esta oportunidad se abstendrá de decretar prueba alguna por encontrarlo innecesario, y es(sic) su lugar no encuentra configurada la excepción de inepta demanda por la existencia de acto administrativo que deba ser objeto de control jurisdiccional, para ser declarada.»

14. En cuanto a la caducidad de la acción, el despacho se pronunció así:

«Aún bajo el supuesto que el actor haya venido percibiendo la prima de riesgo desde el año 1994, ello no quiere decir que se encontraba en la obligación de

⁸ Folios 74 a 80. CD.



demandar dentro de los cuatro meses siguientes a la vigencia del decreto, puesto que en concordancia con lo previsto en el (sic) 151 del Código Procesal Laboral, la prescripción de los derechos se configura vencido(sic) tres años desde que la obligación se haya hecho exigible.

[...]

Otra(sic) asunto es, que con ocasión a la reclamación del presunto derecho laboral con la expedición de(sic) acto administrativo se cuente con cuatro (4) meses para enjuiciar la legalidad de dicho acto, lo que la parte demandada no cuestiona ni el Juzgado la advierte. En consideración a lo expuesto, esta Agencia Judicial no declara la excepción de caducidad de la acción propuesta.»

15. Respecto de la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales expuso:

«Señala la parte demandada que la demanda debe indicar con precisión las normas violadas por dicho acto y explicar en qué consiste la pretendida violación, y que la demanda no satisface de forma adecuada el requisito.

[...]

Es así que bien o mal planteado el concepto de violación en el libelo genitor, en torno a lo allí sustentado se encuentra en principio supeditado el control de legalidad del acto administrativo acusado, por lo tanto, aun en el supuesto que la demanda haya contenido argumentos superfluos, ello solo puede ser objeto de pronunciamiento por parte del Despacho al resolver el fondo de la litis, lo cual dará lugar o no a la declaratoria de la nulidad invocada; sin que la ausencia de ardua argumentación constituya de entrada una inepta demanda. Por lo anterior, no está llamada a prosperar la señalada excepción.»

16. En relación con los demás argumentos expuestos por la demandada, el despacho sostuvo:

«1. Que ésta es la jurisdicción competente para conocer del derecho reclamado por el actor y no la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del art. 104 del CPACA, puesto que la Jurisdicción Contenciosa conoce de los litigios originados en acto(sic) relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. Por lo tanto, como quiera que el señor GIOVANI ARANGO CUARTAS pretende el reconocimiento de un derecho, esto es, el factor salarial de la prima de riesgo, devengada con ocasión a su relación legal y reglamentaria, es ésta la jurisdicción competente.

2. Que aun cuando el acto administrativo no haya emanado de un procedimiento administrativo propiamente dicho, ello no le confiere el carácter o no de acto administrativo enjuiciable, pues ello se lo da o se le confiere(sic), que sea a través del cual que se reconozca(sic), niegue o modifique un derecho. Es así, que en tanto fue a través del acto administrativo que fue objeto de debate en el *sub examine*, que se le negó un presunto derecho al demandante, esto es un acto administrativo objeto de control jurisdiccional.

3. Finalmente, no comparte el Despacho el argumento del apoderado de la demandada relacionado con que el actor pretendió revivir términos, por lo ya indicado por esta Agencia Judicial respecto a la excepción de caducidad de la acción, y aunado a que necesariamente tiene que existir una negativa de la administración al reconocimiento del derecho predicado por el actor, para que pueda éste acudir ante la jurisdicción, así pues, que dicha reclamación se realiza a través del derecho de petición, tal y como lo realizó el demandante, sin que haya otro medio.»

17. Las partes no interpusieron recursos en contra de las anteriores decisiones.



Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁹

18. Frente al punto se precisó:

«Se contrae a determinar si el acto administrativo contenido en el Oficio N.º E-2310.18-201309739 proferido por el DAS Hoy suprimido, por medio del cual negó al demandante el reconocimiento como factor salarial de la denominada “Prima de Riesgo”, adolece de vicio de nulidad que amerite el reconocimiento de las pretensiones reclamadas por el demandante a título de restablecimiento del derecho»

19. Se notificó en estrados, sin que las partes manifestaran objeción alguna.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁰

20. El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín, mediante sentencia de primera instancia del 28 de julio de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda y efectuó las siguientes declaraciones:

- Inaplicó el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, que dispone que la prima de riesgo no es factor salarial.
- Declaró la nulidad del oficio núm. E-2310,18-201309739 del 11 de junio de 2013.
- Ordenó a la Unidad Nacional de Protección liquidar y pagar las prestaciones sociales del demandante con inclusión de la prima de riesgo.
- Declaró probada la excepción de prescripción y ordenó que el pago se efectúe a partir del 30 de mayo de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, monto del cual se deben descontar los aportes que no se han realizado al sistema de seguridad social en salud y prestaciones.
- Condenó en costas y agencias en derecho a la demandada. Finalmente, ordenó dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

21. En síntesis, el juez de primera instancia tuvo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de agosto de 2013¹¹, según la cual la prima de riesgo debe ser incluida en el ingreso base de liquidación de las pensiones de los servidores del DAS. Lo anterior, con el fin de dar prevalencia a la primacía de la realidad sobre las formas, pues lo cierto es que dicho emolumento se devenga de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio. Igualmente, citó providencias de su superior funcional¹², que contienen una interpretación extensiva del mismo criterio para ordenar la reliquidación de prestaciones distintas a la pensión, teniendo en cuenta que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo no había emitido pronunciamiento en el tema concreto.

⁹ «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.» Hernández Gómez William, Consejo de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

¹⁰ Folios 121 a 130.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación: 440012331000200800150 01(0070-2011)

¹² Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, sentencia del 4 de noviembre de 2014, radicación: 050013333023201300090 01 y sentencia del 22 de mayo de 2015, radicación: 050013333010201300086 01.



22. Así las cosas, en criterio del juez de primera instancia, dado que el Decreto 2646 de 1994 excluyó el carácter salarial de la prima especial de riesgo, debe acudirse a la definición de salario contenida en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, para señalar que, dada la naturaleza retributiva de este pago, es preciso considerarlo para efectos de liquidación de las prestaciones sociales. De esta manera, adujo que se atiende lo preceptuado por el artículo 53 superior, que consagra como principio mínimo fundamental la irrenunciabilidad de los derechos laborales. En ese orden, invocó el artículo 4 de la Constitución Política para inaplicar el aparte del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, según el cual la prima de riesgo no es factor salarial, puesto que, a su juicio, dicha disposición resulta incompatible con la norma superior.

23. Con base en los anteriores argumentos, encontró demostrado el vicio de falsa motivación, por lo cual dispuso declarar la nulidad del acto acusado, con el consecuente restablecimiento del derecho.

24. Finalmente, estimó que en el presente asunto operó la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de mayo de 2010. Lo anterior, en atención a que la petición de reliquidación prestacional se presentó el 30 de mayo de 2013. Igualmente, definió que el tiempo que debía abarcar la condena sería hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha de liquidación del DAS, por cuanto, el régimen prestacional del que venía gozando el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas no puede trasladarse a la entidad en la que se incorporó una vez liquidado dicho departamento administrativo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

25. Inconformes con la sentencia de primera instancia, las partes presentaron sendos recursos de apelación.

26. En su escrito, el **demandante**¹³ expuso que no se puede entender que ha operado el fenómeno prescriptivo en relación con las cesantías, toda vez que dada la incorporación sin solución de continuidad de la que fueron sujetos los servidores del DAS, se presentó una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral. Explicó que la jurisprudencia ha entendido que el término de prescripción de la prestación en mención solamente comienza a correr una vez finaliza el vínculo con el empleador¹⁴. Con base en lo anterior, pidió que se revoque la decisión en lo relativo a la declaración oficiosa de la prescripción.

27. Por su parte, la entidad **demandada**¹⁵ solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se denieguen las pretensiones. Señaló que la prima de riesgo está prevista como un ingreso laboral, pero no se trata de una contraprestación directa del servicio sino de una retribución al trabajador que asume un riesgo en desarrollo de funciones peligrosas. Asimismo, hizo énfasis en la libertad de configuración que tiene el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos (artículo 150 numeral 19 literal e.) de la Carta Política). Con ello aclaró que existe cierta autonomía para establecer qué componentes de la retribución constituyen salario y cuáles no, sin desconocer la ley marco que contiene los principios a los cuales se debe sujetar en el ejercicio de tal función¹⁶.

¹³ Ff. 134 a 138.

¹⁴ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de junio de 2013, radicación: 130012331200201405 02 (0132-2010) y de la Subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015, radicación: 080012331000201200388 01(4346-2013).

¹⁵ Ff. 139 a 143.

¹⁶ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 17 de julio de 1995, radicación: 7501 y del 2 de agosto de 1996, radicación 10995; y Corte Constitucional, sentencia C-279 de 1996.



28. Igualmente, admitió que, de acuerdo con la definición del Código Sustantivo del Trabajo, *salario* es todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, pero «como contraprestación directa del servicio», por ende, se excluyen de aquella noción otros ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir la labor, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza, tal y como lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-892 de 2009.

29. En esas condiciones, aseguró que los Decretos 1933 de 1989 (art. 4), 132 de 1994 (art. 1), 1137 de 1994 (art. 1) y 2646 de 1994 (art. 4) establecieron que la prima de riesgo no tiene el carácter de factor salarial. En suma, sostuvo que la habitualidad y periodicidad en los pagos no son suficientes para entender que un emolumento es constitutivo de salario, pues, además, es necesario que sean contraprestación directa de las labores que cumple el trabajador.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Demandante¹⁷

30. Intervino en esta etapa procesal, para insistir en que se debe revocar la decisión de declarar probada de oficio la excepción de prescripción en relación con la reliquidación de las cesantías, en atención a lo sostenido por el Consejo de Estado¹⁸ y pidió que se confirme la sentencia apelada en cuanto le resultó favorable.

Demandada¹⁹

31. La apoderada de la Unidad Nacional de Protección, UNP, presentó escrito en el que informó que la relación laboral del solicitante con el DAS se extendió hasta el 25 de noviembre de 2011 y no hasta el 31 de diciembre de 2011, según la certificación del 15 de julio de 2013 expedida por esta última entidad (folio 28).

32. Por otra parte, expuso que no es la encargada de asumir las obligaciones dejadas de pagar por el DAS, puesto que el Decreto 4057 de 2011, artículo 7, solamente le impuso la incorporación del personal, la cual se materializó mediante los Decretos 4066, 4067 y 4070 de 2011. De ahí que no es la llamada a dar cumplimiento a la sentencia de primera instancia.

33. Así mismo, indicó que el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas recibió el pago de la prima de riesgo, según la norma que la rige, esto es el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, expedido por el Gobierno nacional en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales. Además, manifestó que el DAS no podía inaplicar dicho contenido normativo, por ende, lo que pretende el demandante es el reconocimiento de un derecho que nunca ha nacido a la vida jurídica.

34. Igualmente, destacó que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 1 de agosto de 2013 consideró que la prima de riesgo recibida por los servidores del DAS es constitutiva de salario, solo para calcular el ingreso base de cotización

¹⁷ Folios 158 a 160.

¹⁸ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de junio de 2013, radicación: 130012331200200405 02(0132-10) y la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, radicación: 44004233100020080015001(0070-2011).

¹⁹ Folios 161 a 165.



y liquidación de la pensión sin que pueda extenderse dicha interpretación para computar otras prestaciones²⁰.

35. Más adelante, sostuvo que la prima de riesgo no existe en el régimen salarial ni prestacional de la UNP, pues, a partir de la incorporación del personal del extinto DAS, la referida prestación se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo, según el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011. Además, citó apartes de la sentencia C-098 de 2013 de la Corte Constitucional, en los cuales se indica que el legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, con ocasión de la supresión de una entidad, para aquellos trabajadores que fueron reubicados en un nuevo organismo, con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral.

36. Finalmente, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar probadas de oficio las excepciones o argumentos de su defensa o subsidiariamente, denegar las súplicas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

37. El procurador 222 Judicial Administrativo II rindió concepto²¹ en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, con el reconocimiento de la prescripción trienal. Pidió que se mantenga la posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia del 22 de mayo de 2015²², acerca del reconocimiento de la prima de riesgo como elemento constitutivo de salario y, por consiguiente, la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, toda vez que, a juicio de la corporación, resulta contraria al ordenamiento constitucional.

38. De igual modo, citó la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, en la cual el Consejo de Estado reconoció la naturaleza salarial de la prima de riesgo, y, en consecuencia, ordenó su inclusión como factor de liquidación de la pensión, en atención a principios constitucionales que inspiran los derechos laborales.

SOLICITUD DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

39. Mediante auto del 22 de marzo de 2018, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, por solicitud de la parte demandada, presentada el 22 de julio de 2016²³, ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 271 del CPACA.

40. Como sustento de la solicitud de unificación jurisprudencial, la Unidad Nacional de Protección²⁴ señaló que el presente asunto reviste trascendencia económica, en la medida en que se discute si la prima de riesgo de los servidores públicos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS es factor de liquidación y particularmente, se debate sobre la inaplicabilidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994. En su criterio, ello tiene impacto económico, por una parte, por la cantidad de beneficiarios de dicha prestación (detective especializado, detective profesional, detective agente, criminalístico especializado, criminalístico profesional,

²⁰ En este sentido, citó: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, sentencia del 4 de diciembre de 2015, radicación: 050013333023201300095 01, demandante: Oscar de Jesús Taborda Restrepo.

²¹ Folios 166 a 198.

²² Citó: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, sentencia del 22 de mayo de 2015, radicación 050012333010201300086 01, demandante: Carlos Mario Ramírez Suaza.

²³ Ff. 200 a 202.

²⁴ En adelante UNP.



criminalístico técnico y los conductores) que han instaurado demandas de nulidad y restablecimiento del derecho; por otra parte, por los efectos de índole pensional que el criterio que se adopte puede tener.

41. A lo anterior agregó que sobre el tema existen posiciones contrarias entre los distintos despachos del Distrito Judicial de Antioquia. Sobre el punto, expuso que se ha provocado un debate en torno a las fuentes de la prima de riesgo del DAS y la sentencia del 1 de agosto de 2013²⁵. Explicó que, con fundamento en dicha providencia, en unos casos se concedió el carácter de factor salarial, mientras que, en otros, se le negó tal naturaleza²⁶. Por esa razón, consideró que las posiciones encontradas afectan la seguridad jurídica de los eventuales beneficiarios y de las entidades involucradas que ejercen la representación del desaparecido DAS, entre ellas, la UNP, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, Migración Colombia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Fiduprevisora (Patrimonio Autónomo).

42. Posteriormente, en escrito radicado el 07 de septiembre de 2016²⁷, la entidad complementó la sustentación de su solicitud, para identificar pronunciamientos contrarios a los anteriormente anotados, que concedieron las pretensiones de la demanda²⁸. Igualmente, señaló que la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013²⁹ únicamente fijó una regla según la cual la prima de riesgo percibida por los servidores del DAS es constitutiva de salario solo para la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión, en aplicación del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

43. En ese contexto, manifestó que una interpretación restrictiva de la jurisprudencia impide extender efectos salariales al emolumento en cuestión para la liquidación de otras prestaciones³⁰ sociales, con excepción de aquellos eventos en los que el Legislador disponga otra cosa, en ejercicio de su facultad de configuración. Indicó que esta última situación no se presenta con la prima de riesgo, pues de acuerdo con los artículos 16, 17, 18 y 19 del Decreto 1933 de 1989 aquella no debe ser incluida para efectos de liquidación de las primas de navidad, vacaciones o cesantías.

44. La parte demandante no presentó oposición alguna frente a la solicitud de la demandada, según la manifestación efectuada en el folio 221 del expediente.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación: 440012331000200800150 01 (0070-2011), demandante: Héctor Enrique Duque Blanco.

²⁶ En este sentido citó las siguientes sentencias: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, sentencia del 4 de diciembre de 2015, radicación: 050013333023201300095 01, demandante: Oscar de Jesús Taborda Restrepo; sentencia del 28 de noviembre de 2014, radicación: 050013333016201300092 01, demandante: Ana Zoraida Ruiz Loaiza; sentencia del 22 de septiembre de 2014, radicación: 050013333022201300095 01, demandante: María Yolanda Vahos Jiménez. Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Medellín, sentencia de primera instancia del 16 de diciembre de 2015, radicación: 050013333004201300169 02, demandante: Nalfido Antonio Jiménez de Hoyos. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación: 110013335008201400114 01, demandante: Edwin James Martínez.

²⁷ Ff. 203 a 207.

²⁸ Citó: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, sentencia del 12 de febrero de 2016, radicación: 050013333024201300089 02. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, sentencia del 1 de abril de 2016, radicación: 110013335022201400216 01.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación: 440012331000200800150 01, demandante: Héctor Enrique Duque Blanco.

³⁰ En este sentido citó: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, sentencia del 4 de diciembre de 2015, radicación: 050013333023201300095 01, demandante: Oscar de Jesús Taborda Restrepo. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación: 110013335008201400114 01, demandante: Edwin James Gallego Martínez.



CONSIDERACIONES

Competencia

45. De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011³¹, el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo que ameriten la expedición de una sentencia por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; lo cual puede hacer de oficio, a solicitud de parte, por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales o a petición del Ministerio Público.

46. Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en los artículos 13³² y 14³³ del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 080 de 2019).

47. En este caso, el proceso fue avocado para su conocimiento por la Sala de Sección por medio de auto del 20 de mayo de 2021, al considerar que, en el presente asunto, se daban los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para que la Sección Segunda del Consejo de Estado profiriera una sentencia de unificación. Lo anterior, en atención a que existen al menos tres tesis que se han expuesto en diferentes pronunciamientos judiciales sobre el mismo punto, a saber:

Tesis 1. Es procedente la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de prestaciones distintas a la pensión.

48. Esta tesis se funda en la aplicación extensiva del criterio definido en la sentencia del 1 de agosto de 2013, según el cual la naturaleza de la prima de riesgo es salarial. La postura trae consigo un planteamiento de origen constitucional, este es, el de dar preferencia a los principios laborales de primacía de la realidad sobre las

³¹ Artículo modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: «Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

[...] Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias y autos de unificación en esos mismos eventos, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación, de los despachos de los magistrados que las integran, o de los tribunales, según el caso. Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo [...]

³² «ARTÍCULO 13.- DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: [...] Sección Segunda

[...] 2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo. [...]

³³ «ARTÍCULO 14.- OTROS ASUNTOS ASIGNADOS A LAS SECCIONES SEGÚN SU ESPECIALIDAD. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para: [...] 2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. [...]



formalidades, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y la remuneración mínima y vital en la interpretación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994. Dicha argumentación se ha considerado razonable por esta corporación en sentencias de tutela³⁴.

49. Asimismo, existen casos en los que el contenido del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 también fue atendido para sustentar la naturaleza salarial de la prima de riesgo³⁵. Lo anterior, en razón a que dicha norma integró aquel emolumento a la asignación básica mensual de los servidores del extinto DAS que fueron incorporados a otras entidades públicas.

Tesis 2. Es procedente la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de prestaciones sociales solo en algunos casos.

50. Esta posición entiende que se puede incluir la prima de riesgo siempre que se trate de un beneficiario del régimen de transición pensional y la vinculación al DAS sea anterior a la vigencia del Decreto 1835 de 1994³⁶.

Tesis 3. No procede la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para el cálculo de prestaciones sociales.

51. Este criterio opta por atender la taxatividad de la norma³⁷, bajo el entendido de que el Gobierno nacional tiene la potestad para definir qué emolumentos tienen el carácter de factor salarial y se deben incluir en la liquidación de otras prestaciones y cuales no³⁸. Por lo anterior, la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 conlleva la configuración de un defecto sustantivo³⁹.

52. En esas condiciones, para el estudio del tema objeto de debate, se abordarán los siguientes aspectos: i) la competencia para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos; ii) el alcance de la competencia para definir la naturaleza salarial de ciertos factores que devengan los servidores públicos; iii) el régimen prestacional de los servidores del extinto Departamento Administrativo

³⁴ Se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03500-01(AC), actor: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y otro; sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03331-01(AC), actor: PAP, Fiduprevisora S.A.; Sección Cuarta, sentencia del 4 de diciembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03482-01(AC), actor: PAP, Fiduprevisora S.A.; Sección Primera, sentencia del 20 de febrero de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00072-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.; Sección Quinta, sentencia del 20 de febrero de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00179-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03952-01(AC), actor: Fiduprevisora S.A. y sentencia del 2 de julio de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00526-01(AC), actor: PAP Fiduprevisora S.A.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 3 de julio de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00576-01(AC), actor: Fiduprevisora S.A.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de septiembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03673-00(AC), actor: PAP, Fiduprevisora S.A. Este criterio se reiteró en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de septiembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-02769-01(AC), actor: PAP, Fiduprevisora S.A.; sentencia del 12 de septiembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03505-00(AC), actor: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; sentencia del 30 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03376-01(AC), actor: PAP, Fiduprevisora S.A.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de enero de 2020, radicación: 080012333000201300610 01(0886-2015), demandante: Javier Gutiérrez.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 15 de agosto de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-02916-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de enero de 2020, radicación: 08001-23-33-000-2013-00610-01(0886-15), demandante: Javier Gutiérrez; Sección Quinta, sentencia del 4 de julio de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-02448-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.; sentencia del 8 de agosto de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03262-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de agosto de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-03311-00(AC), actor: Fiduprevisora S.A.



de Seguridad DAS, iv) la prima de riesgo de los servidores del DAS; v) reglas de unificación; vi) con base en lo anterior, se estudiará el asunto particular y concreto.

1. Competencia para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos

53. Para comenzar, conviene señalar que antes de la Constitución Política de 1991, el referente jurídico de la competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos estuvo contenido en el Acto Legislativo 1 de 1968. Este indicó que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso en el orden nacional⁴⁰, por las Asambleas en el Departamental⁴¹ y por los Concejos en el local⁴², y los emolumentos, serían fijados por el presidente de la República y el gobernador, respectivamente. Además, modificó el artículo 76 de la Constitución Política, y en el numeral 9 decretó que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional fuera de competencia única y exclusiva del Congreso.

54. Igualmente, modificó el artículo 41 de la Carta Política de 1886 y, entre otros aspectos, indicó que al presidente de la República le corresponde:

«crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9.º del Artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales» (subraya la Sala)

55. Más adelante, la Constitución Política de 1991 previó que el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos es un tema que se define a través de la competencia concurrente. Ciertamente, en el artículo 150 numeral 19 literal e)⁴³, dispuso que el Congreso de la República expide las leyes y a través de ellas señala los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular la materia.

⁴⁰ «Artículo 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:
Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

[...]

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;»

⁴¹ «Artículo 57. El Artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

[...]

5º. Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo;»

⁴² «Artículo 62. El Artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

[...]

3. Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos;»

⁴³ «ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...]

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; [...]



56. Al respecto, conviene precisar que las primeras son las conocidas como *leyes marco* o *leyes cuadro* las cuales fueron introducidas en el ordenamiento colombiano por el Acto Legislativo 01 de 1968⁴⁴. Algunas de sus características fueron identificadas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-465 de 1992, de las cuales se destacan, en esta oportunidad, las siguientes: «4.º En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general **y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.** [...] 6.º Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador en la respectiva Ley.» (negrilla de la Sala).

57. Por su parte, el Gobierno nacional⁴⁵, en el ejercicio de la potestad reglamentaria de una ley marco, tiene un radio mayor al que se desprende del desarrollo de la facultad derivada del artículo 189, numeral 11⁴⁶, de la Carta Política; por ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que se trata de una potestad reglamentaria especial⁴⁷. En efecto, se trata de la función de regular la materia, para lo cual cuenta con una amplia posibilidad de decisión, restringida por los principios y directrices generales que le impone el legislador⁴⁸. De hecho, la Corte Constitucional afirmó que existe una relación inversamente proporcional entre la potestad reglamentaria del ejecutivo y la extensión de la ley habilitante, entonces, «ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa»⁴⁹.

58. La razón de asimilar esta dinámica normativa está radicada en la necesidad de regular ciertas materias, dentro de ellas el tema prestacional y salarial de los servidores públicos, de una manera flexible que permita responder eficiente y rápidamente a situaciones cambiantes, que se podían ver amenazadas por la falta de dinamismo que supone el trámite de la formación de una ley⁵⁰.

⁴⁴ «Artículo 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

[...] 22. **Dictar las normas generales** a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificarlos aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; [...]

⁴⁵ En el nivel territorial también se observa la competencia concurrente en la determinación de las remuneraciones de los servidores del respectivo nivel, así el artículo 300 numeral 7 indica que a las asambleas les corresponde «Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo[...]»; el artículo 305 numeral 7, señala que el gobernador tiene la atribución de «Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. [...]»; el artículo 313 numeral 6 dispone que a los concejos les corresponde «Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos [...]» y el artículo 315 numeral 7 prevé el alcalde tiene la función de «Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes [...]».

⁴⁶ «ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:
[...]

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.»

⁴⁷ En este sentido se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de septiembre de 2009, radicación: 2003-0025, reiterada en la sentencia del 8 de junio de 2016, radicación 11001-03-24-000-2009-00241-00, actor: Luis Fernando Jaramillo Duque.

⁴⁸ Sobre las particularidades de la facultad reglamentaria de una ley marco, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015), demandantes: Anderson Velásquez Santos, Sandra Mercedes Vargas Florián y Álvaro Rueda Celis.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004. En esta sentencia la Corte hizo alusión a la determinación del régimen salarial y prestacional de la fuerza pública.

⁵⁰ Fue así como en la Asamblea Nacional Constituyente, en la ponencia del 7 de mayo de 1991 se expuso:

«Nuestra evolución en ese campo ha tropezado con situaciones irregulares que sólo la historia nacional pretende explicar con alguna suficiencia. El actual articulado fundamental contiene, de una parte, la famosa cláusula general de competencia y, de otra, la extensión del poder del reglamento



59. Precisado lo anterior, es importante destacar que la Ley 4.^a de 1992, señaló los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los cuales se destacan los siguientes:

«[...] ARTÍCULO 2.º Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

[...]

h. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

k. El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; [...]

60. El artículo 10 de esta misma norma prevé: «[...] Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos [...]

61. El anterior es el marco jurídico de la competencia que el constituyente previó para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, la cual le corresponde de manera concurrente al Legislador y al Gobierno nacional. Es así como este último regula la materia, con sujeción a los objetivos y criterios señalados por el Congreso de la República de manera general en la Ley 4 de 1992. Aquellos determinan que el ejecutivo debe observar el respeto por los derechos adquiridos de los servidores del Estado, pero también las posibilidades económicas que imponen la limitación de los recursos del Erario.

2. Alcance de la competencia para definir la naturaleza salarial de ciertos factores que devengan los servidores públicos

62. Como antes se mencionó, para el ejercicio de la función normativa en comento, el Gobierno cuenta con una amplia posibilidad de decisión. Esta afirmación encuentra mayor acierto, si se tiene en cuenta que la fijación de un régimen, entendido como el «conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o

mediante la adopción de cierta forma de leyes cuadro, los reglamentos autónomos y otros semejantes que ofrecen un panorama sino contradictorio, al menos inconsistente en la definición de la potestad legislativa. Al mismo tiempo, los estados de emergencia amplían de tal manera la facultad del ejecutivo en esta materia que la proliferación de legislaciones de distinto origen y naturaleza hacen extremadamente difícil la evolución y consolidación de doctrinas precisas por parte de los controles de la legalidad y la constitucionalidad.

Una situación más grave se presenta cuando advertimos que en los distintos organismos, entidades, institutos, juntas directivas, etc., que conforman la Administración ha hecho carrera una forma de legislación general expedida mediante acuerdos, circulares, instrucciones y actos de distinta especie que modifican a diario la ley sin que las acciones de nulidad sean lo suficientemente veloces para atajar tan acelerado desborde de competencias. Se ha impuesto en Colombia la fuerza de reglamentaciones inferiores, que tienen en jaque la seguridad que debe reinar en las situaciones jurídicas, la ausencia de reglas legales que definan la responsabilidad de los funcionarios colabora en esta proliferación de verdaderas competencias legislativas.» (Gaceta Constitucional 22 páginas 28 y 29, Acta del 7 de mayo de 1991, Pablo J. Cáceres Corrales.)



una actividad»⁵¹, comprende la expedición de todas las normas que regulan determinada materia.

63. De esta manera, comoquiera que el ejecutivo es la autoridad que debe fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos dentro del límite de la ley marco, está investido de la potestad de configuración para señalar en detalle todos los elementos propios del régimen, esto es, el conjunto de normas que regulan esta temática específica, dentro de los cuales habrá algunos de contenido material o sustancial, relativos a las prestaciones como tal y otros de carácter adjetivo, necesarios para el cumplimiento de los anteriores, los que la jurisprudencia ha denominado *accidentales*, dados por elementos tales como condiciones, términos y modos.⁵²

64. Por otra parte, la Corte ha reconocido que los aspectos económicos se constituyen en el sustento constitucional que impone la necesidad de que las autoridades hagan uso adecuado de los recursos públicos⁵³. En ese contexto, la eficacia y eficiencia del gasto público es un aspecto que también debe atenderse en la definición de los emolumentos que deben invertirse para la retribución de quienes desarrollan la función pública. Por esa razón, aquella corporación indicó:

«La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene hondas implicaciones en la política económica. En efecto, de los niveles de los salarios depende en buena medida el equilibrio fiscal. Y, como es sabido, la situación de las finanzas públicas afecta fundamentalmente el estado de la economía en general. De ahí que sea congruente que al Presidente, que, como se ha visto, tiene una responsabilidad destacada en materia de política económica, se le asigne también la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, y la de determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales»⁵⁴.

65. En línea con lo anterior, es forzoso concluir que, si el ejecutivo ha recibido la potestad de regular las materias de que trata el artículo 150, numeral 19, literal e), con ello debe entenderse que se involucra esa facultad de definir que ciertos emolumentos no sean tenidos como factor salarial, para la liquidación de prestaciones sociales⁵⁵, de manera análoga a como ocurría cuando estaba en cabeza del Legislador y de manera extraordinaria en el ejecutivo⁵⁶.

66. En la práctica, el ejercicio de esta competencia ha sido cuestionado, particularmente, en las oportunidades en las que se acusa que la creación de ciertos emolumentos que complementan la remuneración de los empleados del Estado, sin incidencia en las prestaciones sociales. El debate se centra en el desconocimiento en el concepto de *salario* concebido por instrumentos internacionales, tales como los Convenios 95 de 1949 y 100 de 1951 de la OIT, ratificados por Colombia, aprobados por medio de la Ley 54 de 1962, que definen:

«el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un

⁵¹ <https://dle.rae.es/?id=ViiZ39k>

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2019, radicación 110010325000201200582 00 (2171-2012) acumulado 110010325000201500544 00 (1501-2015).

⁵³ Corte Constitucional sentencia C-315 de 1995

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-312 de 1997

⁵⁵ Sobre el punto, se puede consultar la referencia a «salarios integrales» contenida en la sentencia C-244 de 2013.

⁵⁶ En este sentido, se puede consultar la sentencia C-279 de 1996 en relación con la prima técnica y especiales (Ley 60 de 1990, artículo 2, núm. 3; Decreto 1016 de 1991, artículo 1 y Ley 4 de 1992, art. 15. Igualmente, se puede consultar la sentencia C-312 de 1997 sobre el ejercicio de la potestad del ejecutivo para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, en desarrollo de la Ley 4 de 1992.



trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.»⁵⁷

«(a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último»⁵⁸

67. Con base en los anteriores conceptos, se demanda la violación del derecho que tienen los trabajadores a que las remuneraciones que reciben habitualmente por su labor se cuenten dentro de la base salarial para la liquidación de prestaciones sociales, es el caso de los servidores del DAS que convoca la atención de la Sala. Ello por cuanto tradicionalmente se ha entendido que las remuneraciones habituales por la prestación del servicio deben incidir en el valor de las prestaciones sociales.

68. En el sector público, un referente normativo que permite entender la concepción tradicional (anterior a la Constitución de 1991) se puede ubicar en el Decreto ley 1042 del 7 de junio de 1978⁵⁹, en el que se consignó expresamente que «constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios»⁶⁰. De ahí, que en el Decreto ley 1045 de la misma fecha, que fijó las reglas generales para la aplicación de normas sobre las prestaciones sociales de los empleados de la administración pública del orden nacional, se observe que por lo regular estas se liquidan con base en los factores salariales devengados identificados en el Decreto ley 1042 de 1978.

69. Sin embargo, aún en este contexto, no todas las prestaciones se liquidan de la misma forma, por ejemplo: las horas extras y el trabajo suplementario se incluyen en la liquidación de las cesantías y la pensión, pero no se prevén para las primas de vacaciones y navidad; además, para el cálculo de algunas prestaciones se incluyen otras, como las cesantías (para su liquidación se tienen en cuenta las primas de vacaciones y navidad). De manera que no se deduce una relación de equivalencia absoluta entre salario y prestaciones.

70. La aparente colisión surge entre el ejercicio de la competencia del legislador o del Ejecutivo y los derechos laborales que involucran la materia del debate ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

71. En la sentencia C-521 de 1995, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la modificación introducida por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990 a los artículos 127 y 128 del CST. A partir de esta providencia es posible comprender que el hecho de que una suma no sea definida como factor salarial no anula la posibilidad de que esté comprendida dentro del concepto de *salario*. Igualmente, precisa que, si bien aquel concepto se ha tomado como medida para la liquidación de prestaciones sociales, ello no se deriva de un mandato de la Carta Política, dado que no señala expresamente las reglas precisas que permitan definir los elementos que integran el salario ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales, de manera que el legislador debe regular la materia dentro de criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, bajo los principios básicos que la inspiran tales como la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y la primacía de la realidad sobre las formas.

⁵⁷ Convenio 95 de 1949 de la OIT.

⁵⁸ Convenio 100 de 1951 de la OIT.

⁵⁹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

⁶⁰ Artículo 42 del Decreto 1042 del 7 de junio de 1978.



72. Luego de revisar los antecedentes normativos de la Ley 50 de 1990 y en atención al pronunciamiento efectuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de febrero de 1993⁶¹, concluyó:

«Los diferentes pagos laborales que recibe el trabajador del empleador, clasificados en la aludida sentencia como salarios, descansos, prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos no salariales tienen su fuente o causa en la relación laboral, a que da origen el vínculo jurídico que surge entre el trabajador y el empleador con ocasión del servicio subordinado que el primero realiza en favor de éste, aunque cada uno tenga su propia significación y respondan a objetivos diferentes, como la retribución directa por la actividad laboral, o la que cubre los riesgos inherentes al trabajo, o constituye un resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador por la violación de sus derechos, o tiene el significado de una liberalidad o está destinada a facilitar la labor del trabajador, etc.

Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.

Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.»

73. Asimismo, en cuanto al sector público, la Corte ha sostenido que cuando en el desarrollo de esta función se adopta la decisión de excluir determinado componente como factor salarial, esta no conlleva por sí misma la vulneración de los derechos laborales derivados del artículo 53 de la Carta. En este punto se destaca que, al estudiar el tema particular, aquella corporación sostuvo que «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»⁶².

74. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado también se ha referido a este punto de especial interés. En varios pronunciamientos reiteró el entendimiento según el cual, el ejecutivo tiene la potestad para decidir que un determinado emolumento no constituye factor salarial, con la consecuencia de su exclusión para efecto de liquidar las prestaciones sociales⁶³ o que tan solo la tuvieran para alguna prestación social en particular⁶⁴. Con todo, en algunas providencias interpretó que, si una determinada suma se paga de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio, aquella debe entenderse como de naturaleza salarial

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 1993, radicación: 5481

⁶² Sentencia C-279 de 1996.

⁶³ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, radicación: 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-00); Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2008, radicación: 15001 23 31 000 2002 02573 01 (2481-07)

⁶⁴ En este sentido, se puede consultar: Sección Segunda, Sala de Conjuces, sentencia del 2 de septiembre de 2019, radicación: 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-18), en la cual se definió la siguiente regla: «1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. **La prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación.**»



y admitió su cómputo para la liquidación de prestaciones. Bajo esa perspectiva anuló y también inaplicó las expresiones que les negaban tal efecto. Como ejemplo de lo anterior se tienen los siguientes:

Prima de riesgo DAS. Artículo 4 del Decreto 2646 de 1994	Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación 44001233100020080015001(0070-2011) [en este caso se consideró que la prima de riesgo debía incluirse en el ibl para calcular la pensión del exservidor del DAS, a pesar de lo señalado por el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994]
Incentivo por desempeño grupal DIAN. Artículo 8 del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008	Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2015, radicación: 110010325000201100067-00 (0192-11) [En este caso se declaró la nulidad de la expresión «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y» contenida en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008]
La prima de dirección. Artículo 4 ⁶⁵ del Decreto 1268 de 1999 para algunos servidores de la DIAN	Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicación: 11001-03-25-000-2011-00167-00. [En este caso se declaró la nulidad de la expresión «no constituye factor salarial» del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999 que establece la prima de dirección en favor de los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto]

75. En general, esta postura también puede observarse en las sentencias que se ocuparon de estudiar el tema relacionado con los factores que debían integrar el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en las condiciones que impone el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Es así como en la sentencia del 4 de agosto de 2010⁶⁶ se admitió la inclusión de cualquier emolumento que se recibiera de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio. Con ello se propendía a la preservación de valores superiores como la favorabilidad en la interpretación de las fuentes del derecho laboral, el principio de progresividad y la primacía de la realidad sobre las formas.

76. De esta manera, se acudió al referente normativo contenido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, para apartarse del criterio de taxatividad en la interpretación de las normas que fijan los factores base de liquidación de la pensión. En su lugar, consideró que se debía partir de que el salario es todo lo que se devenga de manera habitual y periódica como retribución de la labor y con ello le otorgó incidencia pensional.

77. En otras oportunidades, también se observó el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, que dispuso que la pensión se liquidara con base en «los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios»⁶⁷.

78. Sin embargo, aquella posición se replanteó por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia del 28 de agosto de 2018⁶⁸. A partir de ese momento, la regla vinculante sobre la liquidación de las pensiones señala que «Los factores

⁶⁵ «ARTÍCULO 4.º PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto [...]»

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de agosto de 2010, radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-2009).

⁶⁷ Como ejemplo de ello se puede consultar la sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11).

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01.



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

79. Es de anotar que, en esta última providencia se juzgó que la hermenéutica que implicaba la inclusión de todas las sumas que recibe el empleado como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, «traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base». Como consecuencia de lo anterior, los factores que sirven de base para cotización son aquellos para los cuales, en general, las normas expedidas por la autoridad competente consagran tal efecto.

80. Así las cosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoció la potestad del Gobierno para determinar cuáles son los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Con ello alineó su criterio con el de la Corte Constitucional que lo justifica en el siguiente apartado:

«Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter»⁶⁹

81. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en reciente concepto del 15 de diciembre de 2021⁷⁰, resaltó:

«En cuanto a la fijación, tanto legal como reglamentaria, de lo que constituye o no salario en los ingresos del trabajador, si bien se ha dicho que constituye salario todo aquello que percibe el empleado en forma permanente y como retribución por el servicio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Congreso y el Ejecutivo gozan de especial facultad de configuración normativa en el señalamiento de los factores que constituyen salario, porque esta situación jurídica encuadra dentro del marco de competencias que la Constitución Política atribuye a dichas autoridades.

Respecto del concepto “prima” se trata siempre de un incremento en el ingreso laboral del trabajador, “en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación (...)”⁷¹

De otro lado, en reciente sentencia de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷², esta Corporación precisa que “no resulta acertado sostener que todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales”»

82. Ciertamente, en la sentencia del 30 de septiembre de 2021⁷³ de la Subsección A de la Sección Segunda, se llegó a la conclusión de que i) el concepto de salario no conlleva automáticamente a que cualquier pago del empleador sea considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales; y ii) el legislador

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-279 de 1996.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de diciembre de 2021, radicación: 110010306000201900214 00 (2441).

⁷¹ Sentencia Corte Constitucional C-312 de 1997.

⁷² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 30 de septiembre de 2021, radicación: 110010325000201400103 00(0209-2014).

⁷³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 30 de septiembre de 2021, radicación: 110010325000201400103 00(0209-2014).



también ha suprimido la incidencia salarial a ingresos básicos permanentes de los trabajadores, «en razón a la implementación de diferentes políticas públicas, como las de salario integral y fomento del primer empleo».

83. Las anteriores inferencias se fundaron, entre otras, en importantes aspectos abordados por la Corte Constitucional en la sentencia C-244 de 2013, en relación con el concepto de *salario* como imperativo excluyente de la posibilidad de negar la incidencia en la liquidación de prestaciones sociales de una prima que se crea en beneficio de ciertos servidores, se destacan las siguientes explicaciones:

- a) No es admisible el argumento según el cual la creación de primas en favor de ciertos trabajadores se opone a las reglas constitucionales del trabajo. Ello es así, por cuanto ninguna norma que tenga el efecto principal de aumentar el ingreso de un servidor puede vulnerar las reglas que brindan protección especial al trabajo.
- b) «La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así, sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador»⁷⁴.

Lo anterior, llevó a la Corte a definir:

«De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional».⁷⁵

84. Las consideraciones jurisprudenciales antes señaladas, atienden el hecho de que si bien los Convenios 95 de 1949⁷⁶ y 100 de 1951⁷⁷ contienen las importantes definiciones, anteriormente señaladas, que han servido de parámetro a la normativa interna, para ofrecer un marco legal de protección a este elemento propio del derecho del trabajo, dada su conexidad con la dignidad humana y con un orden social y económico justo, lo cierto es que no hace parte de sus contenidos la obligación de incluir todas las sumas que complementan la asignación básica como base de liquidación de prestaciones sociales, como tampoco lo hace la Carta Política de 1991 ni la jurisprudencia constitucional que ha interpretado los derechos fundamentales que deben ser garantizados a las personas que prestan sus servicios en favor de un empleador.

85. En resumen, el concepto de *salario* no es una limitación para que el Congreso de la República o el Gobierno nacional, en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente asignadas, definan que determinado emolumento constituye factor para la liquidación de las prestaciones o les nieguen tal efecto. Ello *per se* de manera alguna debe ser concebido como vulnerador de los derechos laborales de los trabajadores. Si bien, este es un entendimiento que tradicionalmente se impartió, lo cierto es que no existe un mandato derivado de la Constitución Política o de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia que imponga al legislador o al

⁷⁴ En este sentido, se cita la sentencia del 12 de febrero de 1993, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad, que afirma que, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990 «hay pagos que son "salario" pero que pueden, no obstante, "excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)»

⁷⁵ Sentencia C-244 de 2013.

⁷⁶ Sobre protección del salario.

⁷⁷ Sobre igualdad de remuneración.



ejecutivo observar esta relación de correspondencia directa entre salario y prestaciones sociales.

86. Con lo anterior no se desconoce que el *salario* tiene protección desde un punto de vista constitucional. Así, la Corte se ha referido a esta noción para señalar que a este concepto se deben integrar todas las sumas que se generen como consecuencia de la labor del trabajador, sin importar su denominación o modalidad, ello para referirse a la defensa judicial que debe recibir su pago cumplido⁷⁸. Sin embargo, bajo esa acepción también se han entendido involucradas no solo las sumas que recibe el trabajador periódicamente con carácter remunerativo, sino también «todas las cantidades que, por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado»⁷⁹.

87. Tampoco se desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, puesto que no se consagró una cláusula expresa en la Constitución ni en la ley que defina al salario y sus componentes como base de liquidación de estos valores adicionales, sino que aquel criterio se ha deferido al ejecutivo, a quien se otorgó, a través de la Ley 4 de 1992, un marco dentro del cual debe limitar su decisión.

88. Lo expuesto no implica que tal atribución pueda ser ejercida de manera irrestricta o carente de límites. En efecto, algunos contenidos normativos originados tanto en el legislador como en el ejecutivo se han estudiado para encontrar que deben ser retirados del ordenamiento jurídico. Así se advierte en la sentencia C-681 de 2003 de la Corte Constitucional y en las sentencias del 29 de abril de 2014 y del 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.

89. La primera de las providencias mencionadas, esto es la sentencia C-681 de 2003, declaró la inexecutable de la expresión «sin carácter salarial» del artículo 15 de la Ley 4 de 1992. En la sentencia se expuso que aquella conllevaba la vulneración del derecho a la igualdad de los altos dignatarios de la Rama Judicial, de los órganos de control y del registrador nacional del estado civil, frente a los Congresistas. Lo anterior, en atención a que el aparte analizado llevaba a que se rompiera el equilibrio que debía existir en cuanto a las cotizaciones al sistema general de pensiones y con ello a la liquidación de dicha prestación, como expresión del mandato de igualdad que, en esta materia, previó la mencionada Ley 4 de 1992. Ello obedeció a que la Ley 332 de 1996 dispuso que la prima de que trata el artículo 14 haría parte del IBL de la pensión de jubilación, pero guardó silencio frente a la prima del artículo 15 de la Ley 4 de 1992. Ese cambio normativo condujo a una desigualdad injustificada entre los funcionarios enlistados en los artículos 14 y 15 *ibidem*, pues la finalidad de ambas disposiciones fue la de viabilizar una nivelación salarial entre los enunciados servidores, por ende, al fijarse un beneficio para unos y no para otros se desnivelaba el equilibrio inicialmente configurado por el legislador.

90. En cuanto a las otras dos sentencias, esta Corporación se refirió a la regulación de la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4 de 1992. En la providencia del 29 de abril de 2014⁸⁰, la Sala de Conjuces de la Sección Segunda sostuvo que, al haberla incluido dentro del salario básico de sus beneficiarios, disminuyó la base de liquidación de las prestaciones sociales. En esa oportunidad se explicó que el ejecutivo no creó la prima especial, sino que previó parte de la asignación básica a este concepto, con lo cual disminuyó el carácter salarial de esta última. Del mismo

⁷⁸ Ver sentencia C-892 de 2009 de la Corte Constitucional.

⁷⁹ Ver: Corte Constitucional, sentencia SU-995 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2020, radicación: 11001-03-25-000-2017-00860-00 (4661-2017).

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 29 de abril de 2014, expediente No. 11001-03-25-000-2007-00087-00.



modo, en el fallo del 2 de septiembre de 2019⁸¹ unificó su criterio para señalar que dicha prima especial es un porcentaje que debe incrementar la asignación básica de sus destinatarios y que solo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación.

91. En suma, la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos tiene importantes limitaciones que impiden que se adopten medidas arbitrarias o caprichosas, tendientes a cercenar los beneficios prestacionales de quienes laboran para la administración, pues se trata de una potestad que se debe desarrollar, de manera general, bajo criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad y con observancia de las garantías y derechos fundamentales de los trabajadores como la igualdad, así como el núcleo esencial del derecho al trabajo, que comprende: el salario justo; el trabajo en condiciones dignas y justas; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; respeto al principio «a trabajo igual salario igual» y a los derechos adquiridos; imposibilidad de desmejorar los salarios y prestaciones sociales, entre otros contenidos en la Constitución Política y los instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Igualmente, está subordinado a los criterios y principios contenidos en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

92. Ahora, es importante indicar que, tratándose de las relaciones laborales reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos, relativos a los reclamos de los pagos no constitutivos de salario, ha efectuado el estudio a partir de la inversión de la carga de la prueba⁸². En este escenario, el empleador debe demostrar que los pactos de *desalarización* tienen un propósito diferente al de remunerar el servicio, en los términos del artículo 127 del CST y que, en realidad, obedecen a su liberalidad y no tienen el propósito de desconocer las garantías de los trabajadores y con ello su buena fe, frente a dichos acuerdos. En la sentencia del 28 de julio de 2021⁸³, aquella corporación expuso:

«conforme al precedente de la Corporación, “el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018 y SI 986-2021)”.

Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario.»

93. Por otra parte, en lo atinente al sector público, la jurisprudencia Constitucional ha reconocido la potestad de excluir determinadas sumas de la base de liquidación de prestaciones y solo cuando ha encontrado la vulneración de una norma superior lo ha retirado del ordenamiento.

94. En la jurisdicción de lo contencioso administrativo existe un elemento diferencial en la definición de pagos que no son factor salarial, pues en este contexto no está presente la «mera liberalidad» del empleador ni la posibilidad de pactos de *desalarización* entre los extremos de la relación laboral. En el sector público, tal decisión se encuentra enmarcada en el desarrollo de funciones constitucionales y

⁸¹ Sección Segunda, Sala de Conjuces, sentencia del 2 de septiembre de 2019, radicación: 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-18)

⁸² En este sentido, se pueden consultar, entre muchas otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias del 28 de octubre de 1998, radicado: 1091; del 10 de diciembre de 1998, radicado: 11310; 1 de octubre de 2003, radicado: 21129; 14 de noviembre de 2003, radicado: 20914; 13 de mayo de 2008, radicado: 29806; del 1 de febrero de 2011, radicado: 35771

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de julio de 2021, radicado: 80774.



legales que están investidas de la presunción de legalidad de los actos administrativos⁸⁴ y, salvo norma en contrario, son obligatorios mientras no hayan sido anulados⁸⁵.

95. Visto lo anterior y con el fin de encontrar un equilibrio entre el ejercicio de una potestad constitucional y de los derechos de los servidores, en aras de cumplir con el objeto de esta jurisdicción, esto es, el de lograr la efectividad de los derechos reconocidos en la Carta Política y la ley, así como la preservación del orden jurídico⁸⁶, el estudio de los casos particulares y concretos precisa una valoración preliminar de los actos que regulan la exclusión de determinado emolumento como factor de liquidación frente a las garantías y principios que deben orientar la regulación del legislador o del gobierno en esta materia, con el propósito de definir si estas se vulneran con la medida. Ello permite que, ante su desconocimiento evidente e injustificado, se dé prevalencia a los derechos laborales.

96. De esta forma, la inaplicación por vía de excepción de que trata el artículo 148 del CPACA de las expresiones que implican la exclusión de ciertos valores de la liquidación de prestaciones sociales se constituye en un instrumento jurídico idóneo y necesario de control constitucional y de legalidad, si en un caso particular el juez advierte que la medida conlleva el menoscabo de los derechos laborales de los servidores públicos, con la consecuente afectación de su dignidad y las garantías que consagren los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y la Constitución Política o que desconozcan normas que contengan los criterios y principios que se deben atender en el ejercicio de la competencia de regular su régimen salarial y prestacional.

3. Régimen prestacional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS

97. Para abordar lo relacionado con el régimen prestacional del personal del DAS, conviene señalar que las prestaciones sociales se han definido como «pagos adicionales o complementarios al salario básico que tienen como propósito ayudar a cubrir o solventar las "vicisitudes de la vida", cuando ella le hace al trabajador exigencias que no resultaban cubiertas con los salarios básicos que la sociedad ofrecía a sus trabajadores»⁸⁷. Aquellos emolumentos hacen parte de un esquema solidario que, junto con los salarios, propenden por niveles mínimos de seguridad social frente a contingencias tales como el desempleo, la enfermedad, la muerte, así como la necesidad de descanso y de cubrir gastos de transporte, entre otros⁸⁸.

98. En este contexto se destaca que, en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República por el artículo 1⁸⁹ de la Ley 43 del 26 de

⁸⁴ Artículo 88 del CPACA.

⁸⁵ Artículo 91 del CPACA.

⁸⁶ Artículo 103 del CPACA.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 2013.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de agosto de 2010, radicación: 05001-23-31-000-1998-00307-01 (4935-05) y de la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de septiembre de 2003, radicación 1518, entre otros.

⁸⁹ «Artículo 1º. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

a) Modificar la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad para lo cual podrá crear, suprimir o fusionar dependencias, establecer las funciones generales de la entidad y asignar las funciones específicas de sus dependencias;

b) Expedir el Estatuto del Funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad, el cual comprenderá:

- Nomenclatura y clasificación de los empleos.

- Escalas de remuneración.

- Régimen disciplinario de administración de personal y de carrera.

- Régimen prestacional especial.

c) Reorganizar las Academias y Centros Docentes del Departamento Administrativo de Seguridad.»



septiembre de 1988, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1933 del 28 de agosto de 1989, por medio del cual definió el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad. En el artículo 1.º, indicó que los empleados de aquella entidad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades públicas del orden nacional, en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3.º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan, así como las reguladas particularmente por el mismo decreto, algunas de estas son: prima de orden público (art. 2); prima de clima (art. 3); prima de riesgo (art. 4) y prima de instalación (art. 5). Igualmente, tienen derecho a las bonificaciones especiales por comisión de estudios (art. 6) y por comisión especial de servicios (art. 7).

99. Así, el Decreto 1933 de 1989 señaló los emolumentos que se deben tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones de los servidores del DAS, como se expone a continuación:

Prestación	Factores de liquidación de la prestación
Prima de navidad (art.16)	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) La prima de vacaciones; f) El subsidio de alimentación; g) El auxilio de transporte; h) Los gastos de representación.
Vacaciones y prima de vacaciones (art. 17)	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) Los gastos de representación.
Cesantía y pensiones (art. 18)	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.
Otras prestaciones: auxilios por enfermedad y maternidad, indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional; seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte (art. 19)	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 vacaciones; h) Los gastos de representación.

100. De la anterior relación de factores dispuesta por el legislador extraordinario, se advierte que ninguno de ellos incluyó la prima de riesgo para efectos del cálculo de las demás prestaciones sociales. Además, es posible identificar que no todas las prestaciones se liquidan con idénticos factores, por ejemplo: los viáticos no se toman en cuenta para calcular la prima de navidad, las vacaciones, la prima de



vacaciones y otras prestaciones, al tiempo que sí se incluyen para las cesantías. Igualmente, para definir el valor de algunas prestaciones se computan otras prestaciones, es así como para las cesantías se computan las primas de vacaciones y de navidad.

101. Así pues, se infiere que el legislador reguló lo concerniente a la liquidación de prestaciones sociales, de acuerdo con la contingencia que busca proteger, sin que exista un único criterio que limite su facultad en esta materia, pues para el efecto, no solamente integra factores salariales sino también puede hacerlo con factores prestacionales. Esta decisión puede concebirse como razonable y congruente con la pretensión de brindar ese piso mínimo de protección a la seguridad social que alude la jurisprudencia constitucional⁹⁰.

102. Igualmente, se colige que no es solo el concepto de *salario* (entendido como todas las sumas que se devengan habitual y periódicamente como contraprestación del servicio) el que determina los valores que se deben tomar para este efecto, pues aquel resultaría excluyente, si se tiene en cuenta que también se toman otros emolumentos que no remuneran la labor, sino que tienen el propósito de ayudar a sufragar otras contingencias que se pueden presentar durante la vinculación laboral.

103. Posteriormente, por disposición del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011⁹¹ se suprimió el DAS y sus funciones fueron asignadas a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, Fiscalía General de la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional y a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección. En consecuencia, se ordenó la incorporación de sus servidores a estas últimas entidades, quienes quedaron cobijados por el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal que rija en el organismo receptor, con excepción de los que se vincularan al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, en este caso su régimen salarial y prestacional sería el fijado por el presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales (art. 7).

4. La prima de riesgo de los servidores del DAS como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales diferentes a pensión

104. La prima de riesgo es una remuneración mensual, de carácter permanente creada por el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, equivalente al 10% de su asignación básica, para los empleados del DAS, 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. Este emolumento no podía percibirse simultáneamente con la de orden público, regulada en el artículo 2⁹² del mismo decreto.

105. Más adelante, el Decreto 132 del 17 de enero de 1994⁹³, en el artículo 1.º, señaló que los conductores de los ministros y los directores de departamento administrativo, tendrán derecho a la prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, la cual no tendrá carácter salarial. Se precisa que

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 2013.

⁹¹ «Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones»

⁹² «Artículo 2º Prima de orden público. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que presten sus servicios permanentemente en zonas del país afectadas por graves alteraciones del orden público, tendrán derecho a percibir una prima mensual de orden público equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante resoluciones refrendadas por el Ministro de Gobierno, determinará las zonas del país afectadas por esas graves alteraciones y la fecha de iniciación del pago de la prima, así como la de cesación del mismo pago.»

⁹³ Por el cual se dictan normas en materia salarial.



esta disposición se reprodujo en los actos que más adelante fijaron las escalas de asignaciones de los empleados de la Rama Ejecutiva, entre otros, por los artículos 14 del Decreto 25 del 10 de enero de 1995; 9 del Decreto 10 de 1996; 8 del Decreto 31 de 1997; 8 del Decreto 40 de 1998; 8 del Decreto 35 de 1999 y 8 del Decreto 2720 de 2000, entre otros.

106. Posteriormente, el Decreto 1137 del 2 de junio de 1994⁹⁴, en el artículo 1.º, asignó la prima especial de riesgo, con carácter mensual, equivalente al 30% de la asignación básica, a los empleados del DAS 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.

107. Es de resaltar que la norma también señaló que esta prima «no constituye factor salarial» y tampoco podría percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2, 3, y 4 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.

108. Luego, el Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994⁹⁵, en el artículo 1.º, incrementó el porcentaje de la prima de riesgo al 35% de la asignación básica mensual, de las personas que desempeñaran cargos de detective especializado, detective profesional, detective agente, criminalístico especializado, criminalístico profesional, criminalístico técnico y los conductores. Igualmente, en el artículo 2.º, extendió el derecho en porcentaje del 30% a los demás empleados del área operativa no contemplados anteriormente, así como a los directores generales de inteligencia e investigaciones, directores de protección y extranjería, jefe de la oficina de Interpol, los directores y subdirectores seccionales, jefes de división y unidad con funciones operativas y el delegado ante el Comité Permanente. Así mismo, en el artículo 3.º, otorgó la prima en porcentaje del 15% a los empleados de las áreas de Dirección superior y Administrativa.

109. Este último decreto también negó la condición de factor salarial a la prima de riesgo y derogó expresamente el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994.

110. Por otra parte, es importante destacar que la actividad de los detectives del DAS se consideró de alto riesgo por el Decreto 1835 de 1994⁹⁶, lo cual ameritó un tratamiento especial en materia pensional. Dicha situación cambió con la expedición del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003, que excluyó a este personal de aquella consideración particular. Sin embargo, con la expedición de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, la prima especial de riesgo, prevista por los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2646 de 1994, se tuvo en cuenta en el ingreso base de cotización con incidencia pensional de este personal, por disposición del párrafo 4.º del artículo 2.º, en los siguientes términos:

«PARÁGRAFO 4o. Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización para los servidores públicos a que se refiere este artículo, estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un 40% de la prima especial de riesgo a la que se refieren los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2646 de 1994.

⁹⁴ Por el cual se crea una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

⁹⁵ Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgos para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

⁹⁶ «Artículo 2º. Actividades de alto riesgo. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS: Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente. [...]



El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007.»

111. De acuerdo con lo anterior, la prima de riesgo del DAS se consideró factor salarial únicamente para efectos pensionales a partir de la expedición de la Ley 860 de 2003, para el personal señalado en los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994.

112. Luego, el mencionado Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011 que ordenó la supresión del DAS previó que, a partir de la incorporación, la prima de riesgo «se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo»⁹⁷. Por ende, en el evento en que el empleo al que ingresara el servidor tuviera una asignación básica inferior al valor de ambos conceptos, la diferencia se reconoce con una bonificación mensual individual por compensación integrada a aquella y, por lo tanto, es factor salarial para todos los efectos legales⁹⁸.

113. En ese orden, fue solo hasta la incorporación de los servidores del suprimido DAS a otras entidades públicas, que el valor que correspondía a la prima de riesgo, al entenderse integrada a la asignación básica para mantener el nivel de ingreso mensual por dicho concepto, tuvo consecuencias en la liquidación de prestaciones sociales, pues es de recordar que, en esta etapa, ya no gozaban del régimen especial previsto para el DAS, sino que quedaron sujetos a las reglas propias de las entidades receptoras. En efecto, del artículo 7, inciso 3, del Decreto 4057 de 2011 se desprende que la asignación básica del nuevo empleo no podría ser inferior a la que venían devengando sumada la prima en mención y, de ser así, se reconocería una bonificación por compensación que constituye factor salarial para todos los efectos legales.

114. Del anterior recuento normativo, se observa cómo la prima de riesgo, prevista como una retribución para el empleado que asume un riesgo en desarrollo de funciones peligrosas, de manera gradual ha avanzado en su porcentaje y en su incidencia en la base de liquidación de prestaciones sociales. Esta evolución es constitucionalmente admisible y debe comprenderse como una expresión del principio de progresividad⁹⁹.

115. En efecto, el contenido de este principio puede entenderse a partir de lo señalado por el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, en el artículo 2.1, así:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.»

116. Lo anterior, en consonancia con lo previsto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 26¹⁰⁰, implica la obligación de mejora continua en las medidas que adopte el Estado para avanzar en el nivel de goce y ejercicio de

⁹⁷ Inciso segundo del artículo 7, Decreto 4057 de 2011.

⁹⁸ Inciso tercero del artículo 7, Decreto 4057 de 2011.

⁹⁹ Sobre este principio se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) SUJ-015-CE-S2-2019.

¹⁰⁰ Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.



los derechos o de permitirles el acceso a personas que se encontraban por completo privadas de aquellos.

117. Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera:

«[...] por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta *gradualidad*. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que “*el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo*”¹⁰¹. Esta última comprensión implica como contrapartida la **obligación estatal de no regresividad**, la cual ha sido interpretada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido que una vez alcanzado un determinado nivel de protección “*la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad*”¹⁰², lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.»

118. Decantado lo anterior, se concluye que las normas que han regulado el carácter salarial de la prima de riesgo han evolucionado en la ampliación de la seguridad social de sus beneficiarios. Es de resaltar que, a partir del Decreto 1933 de 1989, aquella no fue prevista en la base de liquidación de prestaciones sociales. Esta exclusión se hizo expresa en los Decretos 1137 y 2646 de 1994. El último de los mencionados decretos extendió el personal que recibía este emolumento y, en principio, se encuentra enmarcado en el literal j)¹⁰³ del artículo 2 de la Ley 4 de 1992. Frente a esta norma se mantiene la presunción de que su regulación se ha desarrollado de manera progresiva y gradual, en la medida de las posibilidades económicas que procuran los recursos públicos, dentro de los parámetros de la misma Ley 4 de 1992, pues ello no se ha desvirtuado.

119. Por otra parte, frente al argumento según el cual, el hecho de que la prima de riesgo adquirió incidencia en las prestaciones sociales de las personas que fueron incorporadas a otras entidades reafirma que esta debe computarse para el mismo efecto durante su desempeño en el DAS, amerita un análisis adicional de la posible afectación del derecho a la igualdad frente a ambos grupos de servidores, con el propósito de verificar si existe un trato discriminatorio que precise la inaplicación de la expresión «no constituye factor salarial», contenida en el artículo 4.º del Decreto 2646 de 1994.

120. Si bien se trata sujetos de igual naturaleza, esto es, los mismos servidores cuya situación varió al pasar a las plantas de personal de otras entidades públicas, con ocasión de la supresión del DAS, quienes reciben un trato diferenciado frente a la suma correspondiente a la prima de riesgo en cuanto a su incidencia en la liquidación de prestaciones, lo cierto es que esta situación encuentra sustento en

¹⁰¹ Se citó: Observación general 3, Comité de derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰² Sentencia C-038 de 2004 f. j. 22.

¹⁰³ «El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;»



que la medida permitió que las personas que devengaban este emolumento no se vieran desmejoradas en su ingreso mensual por dicho concepto.

121. Es de anotar que, en las entidades receptoras quedaron sometidos al régimen salarial propio de estas, que sería distinto al régimen especial aplicable al DAS y que probablemente no incluyen la prima en discusión. Así, en el evento en que en el nuevo empleo les correspondiera una asignación básica inferior a la que devengaban anteriormente más la prima de riesgo, la diferencia se reconocería con una bonificación por compensación que constituye factor salarial.

122. De manera que su implementación a través de su integración a la asignación básica, así como la creación de una bonificación por compensación, en caso de que ello fuera necesario, resulta un medio idóneo para mantener este rubro y no se opone a los mandatos de la Carta Política, como tampoco a su finalidad. Este trato, que resultó más favorable luego de la incorporación de personal, tiene una justificación constitucionalmente admisible, dada en función del principio de progresividad. Es así, por cuanto con esta medida se dio incidencia al valor correspondiente a la prima de riesgo en las prestaciones sociales, de acuerdo con las posibilidades que los recursos del Estado lo permitieron. En ese orden, se concluye que no se vulnera el derecho a la igualdad de los servidores del extinto DAS frente a los incorporados a otras entidades de la rama ejecutiva y tampoco se advierte el detrimento de sus derechos adquiridos, del mínimo vital y móvil o de las garantías mínimas establecidas en normas laborales, pues contrario a ello, se ampliaron los beneficios que recibían anteriormente.

123. Ahora, si bien han existido pronunciamientos que interpretaron bajo el concepto amplio de *salario* y haciendo extensiva la consideración que recibió este emolumento en la sentencia del 1 de agosto de 2013¹⁰⁴, también se debe tener en cuenta que dicha regla no se concibió en el marco de prestaciones sociales distintas a pensión, como sí se analizó en esta oportunidad. De manera que no podría concluirse que esta sentencia de unificación desconoce el principio de progresividad.

124. Como síntesis de todo lo expuesto, se tiene lo siguiente:

125. El Gobierno tiene la facultad para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En ejercicio de esta competencia puede definir que determinado emolumento tenga el carácter de factor salarial, para efectos de liquidación de prestaciones sociales, que lo tenga solo para algunas o que carezca de dicho efecto¹⁰⁵. Por ese solo hecho no se vulneran los derechos de los trabajadores. Tampoco se desconoce el concepto amplio de *salario*, ante la inexistencia de un imperativo constitucional o convencional que obligue a tenerlo como una limitación de su competencia o que imponga que todas las sumas que lo componen deben ser la base para el cálculo de tales prestaciones.

126. Con todo, esta potestad no es absoluta, si se tiene en cuenta que para ello debe sujetarse a las normas superiores que imponen la protección del salario como elemento trascendente y fundamental de los derechos laborales. En esta oportunidad, un análisis preliminar de cara a las garantías del artículo 53 y los principios de la Ley 4 de 1992 no permite derivar su incompatibilidad con los mandatos superiores que debió atender la autoridad competente.

127. En ese orden, el ejecutivo estaba habilitado para expedir las normas que rigen la prima de riesgo, y con ello, disponer que no es factor salarial para liquidar

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de agosto de 2013, radicación: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11).

¹⁰⁵ En esta misma línea se pronunció la Subsección A, en sentencia del 30 de septiembre de 2021, radicación: 11001-03-25-000-2014-00103-00 (0209-2014), demandante: Wilson Guzmán Olaya.



prestaciones sociales, a pesar de su habitualidad y carácter compensatorio. Sin embargo, de manera progresiva amplió este beneficio, primero en el personal al que lo asignó, luego en su porcentaje, más adelante le confirió efectos pensionales (a partir de la Ley 860 de 2003) y, posteriormente, le otorgó plenitud para la liquidación de prestaciones sociales, una vez los servidores del suprimido DAS fueron incorporados a otras entidades públicas, según el Decreto 4057 de 2011.

4. Regla de unificación

De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011.

128. Es de precisar que la expresión «diferentes a pensión» contenida en la anterior regla obedece a que en esta providencia se estudia su incidencia en prestaciones sociales tales como: cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otras, salvo la pensión. Lo anterior, por cuanto dicha prestación amerita consideraciones especiales y no fue objeto de discusión en el presente caso¹⁰⁶.

129. Igualmente, se aclara que no se desconoce que anteriormente se emitieron pronunciamientos en los que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, suscribieron providencias en las que se adoptaron diversas interpretaciones en relación con la prima de riesgo del DAS como factor salarial y en unos casos se consideró que debía tener una incidencia mayor a la señalada por las normas de creación, mientras que en otros no, tal y como se expuso en el auto del 20 de mayo de 2021, por el cual esta Sección avocó conocimiento del asunto. Sin embargo, es precisamente esa disparidad de tesis advertida, la que lleva a la Sala a unificar su criterio a través de esta sentencia, en virtud de los principios de igualdad¹⁰⁷, buena fe¹⁰⁸ y seguridad jurídica¹⁰⁹ contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política¹¹⁰. Para ello, acoge la regla de unificación aquí definida, pues de

¹⁰⁶ En relación con la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores del extinto DAS, la Sección Segunda avocó conocimiento para emitir sentencia de unificación. Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 23 de septiembre de 2021, radicación: 25000-23-42-000-2013-02380-01(2656-2014), demandante: Margenys del Socorro Enríquez Erazo.

¹⁰⁷ **Igualdad.** Obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato (art. 13 CP.), es decir, que los casos iguales deben ser resueltos en forma semejante a como se resolvieron casos anteriores, salvo que existan motivos razonables para apartarse del precedente.

¹⁰⁸ **Buena fe** (art. 83 CP), entendido como la confianza legítima en el respeto del acto propio de las autoridades judiciales, a las cuales, «[...] les están vedadas –salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a las cuales se hará referencia más adelante– actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia [...]».

¹⁰⁹ **Seguridad jurídica** del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos o de coherencia de las decisiones judiciales y «[...] por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad [...]». (sentencias C-179 de 2016 y T-775 de 2014)

¹¹⁰ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales



acuerdo con el análisis de los argumentos que se han expuesto a lo largo de este debate, se llega a la conclusión de que la motivación que en esta oportunidad se presenta atiende el alcance del ejercicio de la competencia del ejecutivo de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, dentro del marco constitucional y legal vigente, en armonía con las sentencias que la Corte Constitucional ha dictado sobre la materia y con los derechos laborales de los servidores públicos.

5. El asunto particular y concreto

5.1. Problemas jurídicos

130. Los problemas jurídicos que se debe resolver en esta providencia se resumen en las siguientes preguntas:

- i) ¿El señor Giovani de Jesús Arango Cuartas tiene derecho a que la prima de riesgo, que devengó en su condición de detective del DAS, sea incluida en la liquidación de las prestaciones sociales, tales como cesantías, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios, entre otros?

131. En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, será necesario resolver si:

- ii) ¿Debe declararse la prescripción frente a la orden de reliquidación de las cesantías?
- iii) ¿La Unidad Nacional de Protección UNP es la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidar y pagar las prestaciones sociales del demandante?

5.1.1. Primer problema jurídico

- i) ¿El señor Giovani de Jesús Arango Cuartas tiene derecho a que la prima especial de riesgo, que devengó en su condición de detective del DAS, sea incluida en la liquidación de las prestaciones sociales, tales como cesantías, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios, entre otros?

132. La Sala sostendrá la siguiente tesis: El demandante no tiene derecho a la inclusión de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales tales como: cesantías, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad, causadas durante su labor como detective del DAS hasta la supresión de la entidad.

133. En el expediente se encuentra acreditado:

- El coordinador del Grupo Administración de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión certificó que el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas prestó sus servicios al DAS desde el 18 de diciembre de 1998 hasta el 25 de noviembre de 2011. El último cargo que

y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»



desempeñó fue el de agente escolta 205-05 asignado a la Seccional Antioquia. Durante su labor devengó la prima especial de riesgo del 30%. (folio 24)

- En los folios 26 a 30 reposan las constancias expedidas por la subdirectora de Talento Humano del DAS en las cuales certifica los valores que, durante los años 2008 a 2011, el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas devengó por concepto de: asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, factores vacaciones y prima de riesgo, así como la liquidación anual de las cesantías.
- El 30 de mayo de 2013, el demandante presentó escrito dirigido al DAS en supresión, con el propósito de que se tuviera la prima de riesgo como factor salarial para todos los efectos legales y, en consecuencia, que se reliquidaran las prestaciones causadas tales como prima de navidad, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías (folios 16 y 17).
- Por medio de oficio núm. E-2310, 18-201309739, la subdirectora de talento humano del DAS le negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación de las prestaciones sociales, con fundamento en lo señalado por el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 (folio 18).
- De acuerdo con lo manifestado por la subdirectora de talento humano en el folio 87, el señor Giovani de Jesús Arango Cuartas fue incorporado a la Unidad Nacional de Protección a partir del 1 de enero de 2012. Aquella entidad recibió la Historia Laboral del demandante según acta del 10 de julio de 2012 (folio 87).

Análisis de la Sala

134. La parte demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se denieguen las pretensiones. Afirmó que, de acuerdo con los Decretos 1933 de 1989 (art. 4), 132 de 1994 (art. 1), 1137 de 1994 (art. 1) y 2646 de 1994 (art. 4), la prima de riesgo no tiene el carácter de factor salarial. Agregó que la habitualidad y periodicidad en los pagos no son suficientes para entender que un emolumento es constitutivo de salario.

135. Sobre el particular, de conformidad con lo antes expuesto y en aplicación de la regla de unificación antes fijada, se tiene que la prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los servidores que se desempeñaron en el DAS antes de su supresión.

136. Por lo anterior, no es posible mantener la decisión del juez de primera instancia que consideró que el acto acusado está afectado por el vicio de falsa motivación, por haberse abstenido de tener en cuenta la interpretación jurisprudencial sobre la naturaleza salarial de la prima de riesgo y, en consecuencia, inaplicar el aparte del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que le niega tal carácter.

137. Como ha quedado expuesto, el ejecutivo tenía la potestad de disponer que algún factor en particular no sea incluido en la liquidación de las prestaciones sociales, a través de los actos que los regulan. Este entendimiento fue avalado por la Corte Constitucional, la cual destacó que por ese solo hecho no se pueden entender vulnerados los derechos de sus destinatarios.



138. Adicionalmente, la disposición contenida en la norma cuya inaplicación se pretende mantiene la presunción de legalidad y con ello es plausible concluir que no se ha desvirtuado hasta el momento que aquella se expidió de acuerdo con los principios y criterios señalados por la Ley 4 de 1992 que incluyen el de la sujeción al marco de la política macroeconómica y fiscal, así como la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad.

139. De esta manera, la noción de *salario* no limita esta facultad reguladora del Gobierno ni es admisible sostener que este concepto se desconoce en su ejercicio cuando señala que determinado emolumento esté excluido del cómputo de la liquidación de prestaciones sociales. Este entendimiento se acompasa con la interpretación que el Consejo de Estado ha venido impartiendo al estudiar la incidencia prestacional de los emolumentos que reciben los servidores públicos¹¹¹.

Conclusión: El señor Giovani de Jesús Arango Cuartas no tiene derecho a que la prima especial de riesgo sea incluida en la liquidación de las prestaciones sociales, tales como cesantías, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios, entre otros, en los términos solicitados en la demanda.

140. Como consecuencia de lo anterior, no es necesario efectuar un pronunciamiento adicional en relación con el segundo y tercer problemas jurídicos. Ello comoquiera que al encontrarse que la prima de riesgo debe ser excluida de la liquidación de las prestaciones sociales diferentes a pensión del demandante, los argumentos sobre la prescripción en la orden de reliquidación de cesantías y la entidad que debe satisfacer los pagos deprecados quedan sin sustento.

Decisión de segunda instancia

141. Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín, el 28 de julio de 2015, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegarán las súplicas.

Condena en costas

142. Esta Sección en sentencias del 7 de abril de 2016¹¹², acogió el criterio objetivo valorativo para la imposición de costas. Con base en lo anterior, no se condenará en costas, comoquiera que la presente sentencia de unificación jurisprudencial se emite en atención a la solicitud presentada por la parte demandada y remitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia al Consejo de Estado, ante la disparidad de criterios adoptados por los distintos despachos judiciales del país para la resolución de estos asuntos.

Efectos en el tiempo de la presente decisión

143. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹¹² Ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A del 7 de abril de 2016, radicación: 4492-2013, demandante María del Rosario Mendoza Parra y radicación 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva¹¹³. En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringe el acceso a la administración de justicia ni afecta los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

144. La Sala no pasa por alto que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo ha emitido distintos pronunciamientos en los que ha definido los asuntos relativos a la prima de riesgo como factor de liquidación de las prestaciones sociales distintas a pensión de los servidores del suprimido DAS, en aplicación extensiva de la interpretación contenida en la sentencia del 1 de agosto de 2013, criterio que se ha considerado razonable y en algunos casos, su aplicación se encontró obligatoria. Así las cosas, ante la variedad de posiciones que vienen sosteniéndose, se considera que se debe dar prevalencia a la institución jurídica de la cosa juzgada, dada su repercusión en valores superiores como la seguridad jurídica.

145. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio de aplicación retrospectiva. En consecuencia, la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

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

FALLA

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01 CE-SUJ-SII-009-2018.



Radicado: 05001-33-33-000-2013-01009-01 (2263-2018)
Demandante: Giovani de Jesús Arango Cuartas

Tercero: Revóquese la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín, el 28 de julio de 2015, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone:

Deniéguense las súplicas de la demanda.

Cuarto: Sin condena en costas.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el sistema informático respectivo y devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmada electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Firmada electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmada electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Con salvamento de voto
Firmada electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmada electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmada electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

