



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, ocho (08) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2014-00373-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA.
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TERCERO INTERESADO: PAP- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y SU FONDO ROTATORIO.
Tema: Prima de Riesgo

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA en contra de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, siendo vinculado como Tercero Interesado el PAP- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y SU FONDO ROTATORIO, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-2014-00373-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (Fol. 44- 57):

1. *Que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994 , por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superiores contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, LA NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINITRATIVO DE SEGURIDAD (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2000,27,1-201324677, notificado el 28/12/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. *Se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho*

y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social, reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

2. *Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.*
3. *Que se condene en costas a la entidad demandada*

2. Fundamentos Fácticos.

Como hechos relevantes se tienen los siguientes:

1. *El demandante prestó sus servicios en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. desde el 01 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose en el último cargo como Detective 10 del área operativa, adscrito a la seccional Tolima, en el Municipio de Ibagué (Fol. 10).*
2. *Durante su vinculación con el extinto DAS el demandante devengó la denominada Prima Especial de Riesgo (Fol.13 a 17), ordenada en el Decreto No. 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada en los decretos 132 de enero 17, 1137 de junio 2 y 2646 de noviembre 29 de 1994.*
3. *Que el Departamento Administrativo de Seguridad en Supresión, durante toda la relación laboral no liquidó las primas y prestaciones periódicas causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, incorporando el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.*
4. *Que de conformidad con el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 4057 de octubre 31 de 2011 “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, fue dispuesto que los servidores públicos serían incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el DAS, por lo tanto los funcionarios fueron incorporados a las nuevas entidades receptoras.*
5. *Que con posterioridad a la reubicación, el DAS consignó en la cuenta bancaria de cada empleado lo que consideró deberles sin que hubiera mediado acto administrativo, aviso, comunicación o acto previo en que se les hubiera informado.*
6. *Que mediante petición presentada el 10 de diciembre de 2013, el demandante solicitó al extinto DAS el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo y el correspondiente reajuste y pago de todas las primas y prestaciones sociales causadas y que se causen a futuro (Fols. 2 y 3), petición que fue resuelta de manera desfavorable mediante Oficio No. E-2000,27,1-20132467 del 26 de diciembre de 2013, acto administrativo cuya nulidad se pretende (fl. 4).*

3. Contestación de la Demanda- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls.72 y ss).

"El apoderado de la entidad demandada señala que las normas que consagran la prima de riesgo solicitada por el accionante, son claras en disponer que la misma no constituye factor salarial, razón por la cual, el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a derecho.

Sostiene que si bien el demandante percibió la prima de riesgo de manera habitual y periódica, esto no la convierte per se en un factor salarial, en virtud de lo establecido en las normas que la regulan.

Indicó a su vez que la PRIMA DE RIESGO es un ingreso laboral que no se entrega como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el hecho que el trabajador asuma un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

*Presenta las excepciones de mérito que denominó EXCEPCION DE CADUCIDAD E INDEPTA DEMANDA, INTEGRACIÓN LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, BUENA FE POR PARTE DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y PRESCRIPCION TRIENAL."*¹

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 22 de mayo del 2014 (fol. 59), correspondió por reparto a este Juzgado, quien mediante auto de fecha 15 de julio del mismo año, ordenó la admisión de la demanda en contra de la Agencia Nacional De Defensa Jurídica Del Estado (Fols. 60 y ss.), la cual, solicitó la vinculación en este caso de la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal. (Fls. 88 y ss), razón por la cual, a través de providencia del 10 de agosto de 2015, el Despacho dispuso la desvinculación de la Agencia y admitió la demanda en contra de la Fiscalía. (Fls. 115 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fols. 117 y s.s.) dentro del término de traslado de la demanda, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda (Fols. 1247 y s.s.) y adicionalmente solicitó la declaratoria de nulidad del auto mediante el cual se le vinculó a este proceso, invocando como causal el numeral 8° del artículo 133 del CGP, argumentando que la entidad que debió ser notificada en virtud del Decreto 1303 de 2014 y del 4057 de 2011, era la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Este Despacho al desatar la precitada solicitud de nulidad, dispuso su declaratoria a partir del auto del 15 de agosto de 2015 y en su lugar, dispuso la admisión de la demanda en contra de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (9 y s.s Cuad. Inc. De Nulidad).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contestó demanda y excepcionó.

¹ Fol. 93 Ibídem

(Fls. 204 y ss).

Luego, mediante providencia del 17 de julio de 2017 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 245), la cual se inició el 13 de octubre de 2017, siendo suspendida debido a que la parte demandada interpuso y sustentó recurso de apelación contra el auto que declaró no probadas las excepciones de Caducidad, inepta demanda, falta de legitimación en la causa y no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, (Fls. 252 y ss), el cual fuera decidido por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de auto del 27 de noviembre de 2017, a través del cual se confirmó parcialmente el auto apelado.

Es así, como se el H. Magistrado, modificó parcialmente el auto impugnado determinando que *"la excepción de INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO POR LITISCONSORCIO NECESARIO- NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS- se declarará probada en forma parcial , para lo cual deberá garantizar el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, dentro de los términos de Ley, a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con las precisiones efectuadas en la parte motiva de ese auto"*.

De igual manera, ordenó *"la vinculación como tercero interesado del PAP- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEFENSA JURÍDICA EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y SU FONDO ROTATORIO, teniendo en cuenta que en una eventual condena indemnizatoria que se imponga a cargo del extinto DAS, y demás obligaciones monetarias surgidas a su costa, se harán con cargo al referido patrimonio autónomo"*.

En consecuencia, mediante providencia adiada del 16 de abril de 2018 (fl. 280), este Despacho dispuso la vinculación como tercero interesado en las resultas del proceso al PAP- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y SU FONDO ROTATORIO, y por ende la notificación del auto admisorio del presente medio de control.

Por conducto de apoderado judicial, la entidad vinculada se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, entre otros, manifestando su oposición al reconocimiento de todas y cada una de las pretensiones del accionante, por considerar que las mismas carecen de razones jurídicas y de hecho necesarias para su prosperidad.

De la misma manera, propuso excepciones de mérito, las cuales denominó: *"Inexistencia del Derecho Reclamado- Inexistencia de la Obligación- Buena fe por parte del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad- Prescripción Trienal"*

Seguidamente se señaló fecha y hora para la continuación de la audiencia inicial el día 06 de junio de 2019, habiéndose adelantado en su integridad las etapas de ley, declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, incluso, corriendo traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (Fls. 386 y ss).

5. Alegatos de las Partes.

5.1. PARTE DEMANDANTE

Reiteró los argumentos de la demanda, y solicitó que se acceda a las pretensiones con fundamento en la aplicación de la sentencia de unificación existente sobre la materia, que determina que dada la naturaleza de la prima de riesgo, la misma si debe ser tenida en cuenta como factor salarial, para efectos de liquidar prestaciones.

5.2. PARTE DEMANDADA

ANDJE- FIDUPREVISORA S.A.

Señaló que desde la creación de la prima de riesgo se estableció que la misma no constituirá factor salarial, constituyendo un estímulo para los trabajadores.

Advirtió que si bien el H. Consejo de Estado ha reconocido dicha prestación como factor para la liquidación de la pensión, también se ha hecho claridad en que ello no constituye factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones, pues el máximo órgano de esta Jjurisdicción en sentencia de unificación del año 2018 establece claramente los factores que constituyen salario.

Reiteró la solicitud de no acceder a las pretensiones de la demanda.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho, así como en las excepciones que propuso.

Añadió que a esa entidad solo le compete asumir algunas de las funciones del extinto DAS, siendo entonces así responsabilidad de la ANDJE asumir la representación de dicha entidad.

Concluye señalando que por disposición expresa de la norma, la prima de riesgo no constituye factor salarial.

MINISTERIO PÚBLICO

Refirió que por su parte el artículo 150 de la carta magna establece que corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y fijar el régimen de prestaciones sociales, funciones las cuales son indelegables en las Corporaciones Públicas.

De tal manera, que el Congreso de la Republica fija los parámetros generales dentro de los cuales el Ejecutivo podrá entrar a regular el régimen salarial y prestacional de sus servidores, de lo que se desprenden que la Rama Judicial, no tiene injerencia en dicha función.

En tanto, considera que reconocer a la prima de riesgo el carácter de factor salarial, sería ir en contravía de las competencias establecidas en la Constitución Política, como quiera que la norma que la creó, estableció de manera expresa que la misma no construirá factor salarial.

En consecuencia, solicitó tener en cuenta la Sentencia de 25 de abril de 2019 NI en la cual se hace referencia a los aspectos prestacionales de los soldados profesionales, en la cual, hace alusión a las competencias para fijar regímenes salariales y prestacionales.

Por lo anterior, considera el agente del Ministerio Público que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer, *"si el demandante tiene derecho a que se le reconozca como factor salarial la prima de riesgo que devengaba en su calidad de servidor del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), previa inaplicación por inconstitucional del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y como consecuencia de ello, si tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones salariales y sociales causadas desde el nacimiento del derecho y a futuro o por si el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta prestación se encuentra ajustado a derecho"*.

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Contenido en el **Oficio N° E-2000,27,1-201324677 del 26 de diciembre de 2013**, mediante el cual, se negó al demandante el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

4. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si el demandante, tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo.

5. TESIS PLANTEADAS.

5.1. TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE.

A partir de la inaplicación del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, pretende que se reconozca a favor del actor, la reliquidación de sus prestaciones sociales por la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, habida consideración que fue devengado de forma permanente y habitual por este.

5.2. TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Las normas que consagran la prima de riesgo son claras al señalar que la misma, no constituye factor salarial, máxime si se tiene en cuenta que la misma no se devenga como una contraprestación directa por el servicio prestado sino como una retribución por el hecho de que el trabajador asume un riesgo mayor en el desempeño de actividades peligrosas.

6. TESIS DEL DESPACHO.

En aplicación extensiva de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que ha precisado que la prima de riesgo constituye factor salarial, encuentra el Despacho que el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculado al extinto DAS, con la inclusión de la misma, teniendo en cuenta que, la percibió de manera habitual y periódica. Lo anterior, con aplicación de la prescripción trienal.

7. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

7.1. Cuestión previa.

El Departamento Administrativo de Seguridad –DAS – fue suprimido mediante la Ley 4057 de 2011. El Decreto 2404 de 2013 fijó como plazo para finalizar el proceso de supresión de la mencionada entidad el 27 de junio de 2014, plazo que fue prorrogado por el Decreto 1180 de 27 de junio de 2014, hasta el 11 de julio de 2014.

Posteriormente, mediante Decreto 1303 de 11 de julio de 2014 se definieron las entidades que recibirían los procesos judiciales, los archivos, los bienes afectos a los mismos, así como otros aspectos propios del cierre definitivo del proceso de supresión; además, el artículo 9° del mismo decreto dispuso que si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

No obstante, en la Ley 1753 de 2015 se estableció que la Fiduprevisora S.A., será la encargada de asumir todas las actuaciones de carácter judicial relacionadas con el extinto Departamento Administrativo de Seguridad- DAS.

En este sentido, mediante auto del 20 de junio de 2016, este Juzgado resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que vinculó a la Fiscalía General de la Nación y volver a admitir la demanda en contra de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien conforme a lo estipulado en el Decreto 108 del 22 de enero de 2016, es quien debe pagar y atender con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales surgidos a instancias de servidores que fueron incorporados a la Fiscalía, luego de la liquidación del DAS, en los casos en que aquella fue excluida como sucesor procesal.

Así las cosas, encuentra el Despacho que como lo aquí debatido se circunscribe al reconocimiento y pago de acreencias laborales presuntamente causadas durante la vinculación del demandante con el extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", de allí que la representación judicial de la Entidad debe ser asumida, tal y como efectivamente se dispuso, por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el pago de las sumas que se llegasen a causar estará a cargo del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A.- Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" y su Fondo Rotatorio.

7.2. Marco Normativo de la Prima de Riesgo

El régimen prestacional de los empleados del DAS, fue expedido mediante el Decreto 1933 de 1989, disposición normativa en la cual se estableció que los empleados vinculados a dicha entidad, tendrían derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la Administración Pública del orden nacional, en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 451 de 1984.

Inicialmente, el Decreto 1933 de 1989 dispuso que los funcionarios pertenecientes a las áreas de Dirección Superior, Operativa y los conductores del área administrativa, adscritos al servicio de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos de antiexplosivos, tendrían derecho a percibir mensualmente, una prima de riesgo equivalente al 10% de su asignación básica.

El artículo 4° del reseñado dispuso:

“Artículo 4º Prima de riesgo. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

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

Luego, el Decreto 1137 de 1994, creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente Criminalístico especializado, profesional o técnico, equivalente al 30% de su asignación básica mensual, así:

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

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

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994, con el cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la prima de riesgo para el mismo grupo de trabajadores establecido en el Decreto 1137 de 1994.

Al respecto, los artículos 1º y 4º del Decreto 2646 de 1994 dispuso:

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

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

Oportuno es precisar que si bien, el H. Consejo de Estado, atendiendo lo expresamente establecido en las normas precitadas, había considerado que la prima de riesgo no constituía factor salarial para efectos de las prestaciones sociales de los funcionarios del DAS, dicha tesis fue reorientada en Sentencia de Unificación del 1º de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve al interior del expediente radicado bajo el No. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), en la que se indicó:

"De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)

No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario por no tratarse en este caso particular de la Ley 100 de 1993 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de los devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión..."

Lo anterior permite concluir que, a partir de la precitada providencia, el máximo Tribunal de esta Jurisdicción modificó la tesis que venía sosteniendo, en relación con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial al momento de la liquidación pensional de los miembros del DAS.

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

A través de sentencia del 7 de diciembre de 2017, la Subsección "A" de la Sección Segunda, en sede de extensión de jurisprudencia resolvió precisamente extender los efectos de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013 y, en tal sentido, ordenó a la entidad accionada que efectuara la reliquidación de las pensiones de jubilaciones reconocidas, incluyendo como factor salarial la prima de riesgo devengada durante el último año de servicios en los casos que cumplieran con los siguientes parámetros: *"i) haber sido vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo*

2.º del Decreto 1835 de 1994; iii) como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, iv) haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo”.

La sentencia de unificación y la extensión de jurisprudencia aludidas, conservan plena validez como precedente vinculante a pesar de la expedición de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018) dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, tal y como lo decantó la misma Corporación en pronunciamiento del pasado 05 de marzo, en la que expuso:

“Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que la autoridad judicial accionada desconoció el precedente alegado por el tutelante en el caso concreto, pues de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, se desprende que el Consejo de Estado sí estableció el carácter salarial de la prima de riesgo para efectos pensionales en el caso de los funcionarios del liquidado Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

55. En ese contexto, la decisión proferida por la autoridad judicial accionada no resulta razonable ni constitucionalmente válida, pues como se demostró, esta Corporación fijó una regla aplicable a la situación jurídica del señor Jhon Jairo Giraldo González el cual pretendía que la prima de riesgo fuera reconocida como factor salarial para liquidar la pensión”².

Ahora bien, no desconoce el despacho que al interior del presente asunto se debate no la reliquidación pensional, sino la de las prestaciones sociales devengadas por el accionante en servicio activo, con el fin de que su liquidación incorpore precisamente la prima de riesgo a la que se ha venido haciendo alusión.

Al efecto, el despacho debe señalar que si bien se trata de un evento diferente al analizado por la Corporación en la sentencia de unificación ya aludida, no lo es menos que allí se determinó de forma categórica la **naturaleza salarial intrínseca** del factor aludido, lo que en principio permite concluir que lo allí determinado bien puede extenderse a la liquidación de las prestaciones sociales reclamadas por el accionante.

Es así como en un caso similar al que ocupa la atención del Despacho, el Tribunal Administrativo del Tolima, con ponencia del Dr. José Aleth Ruiz Castro, al interior del expediente radicado bajo el No. 2014-00460 y con sentencia del 5 de julio de 2018, dispuso:

“...Ahora bien, teniendo en cuenta que el tema discutido en el sub lite es la inclusión de la prima de riesgo para la reliquidación de prestaciones sociales, el Consejo de Estado es del criterio que la referida prestación constituye salario:

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN QUINTA.MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), Referencia: ACCIÓN DE TUTELA, Radicación: 11001-03-15-000-2020-00415-00

"Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario entendido este último como todo lo que recibe, el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana. Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

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

De las anteriores pautas jurisprudenciales se colige, que la prima de riesgo, para efectos de liquidación de pensiones de funcionarios del extinto DAS constituye factor salarial, no indicándose con ello, que la referida prestación solo tiene aplicación respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, pues en la citada providencia nada se dijo al respecto, como tampoco se excluyó que para efectos de la demás prestaciones dicha prima fuese constitutiva de factor salarial.

Lo anterior, por cuanto el Juez de primera instancia, en la providencia que se censura denegó las pretensiones de la demanda, argumentando que nuestro Órgano de Cierre, se había pronunciado respecto del tema de prima de riesgo como constitutivo de factor salarial, pero sólo para el tema de pensiones y con fundamento en ello, consideró que dicha interpretación no podía hacerse extensiva a otras prestaciones, toda vez que sobre ellas no se había pronunciado dicha Corporación, posición esta de la cual difiere este Colectivo, pues si bien el órgano de cierre nada dijo al respecto, ello obedece a que el tema objeto de debate judicial por ellos analizado, se centraba en determinar lo atinente a los factores salariales para efectos pensionales, sin que se hubiese petitionado en dichas providencias el reconocimiento de la prima en la liquidación de otras prestaciones.

En tal sentido considera este Tribunal, que a la citada Sentencia de Unificación debe dársele una aplicación extensiva, pues el querer de dicha providencia no debe ser limitante, por el contrario, debe ampliar el horizonte en materia prestacional en relación con la inclusión de la aludida prima de riesgo.

Igualmente en reciente pronunciamiento nuestra Máxima Corporación en materia Contenciosos Administrativa señaló:

"Así las cosas, es claro que la SALA PRIMERA DE ORALIDAD DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA acertó en la interpretación efectuada en la sentencia de 4 de noviembre de 2014, acusada, pues es evidente que aunque el legislador consagró la prima de riesgo como una prestación que no constituía factor salarial, lo cierto es que, al efectuarse un examen frente al carácter de la misma, en consonancia con la Jurisprudencia de esta Corporación Judicial así como con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas vs el de favorabilidad en materia laboral, dicha prima sí constituye factor salarial."

De otra parte, el Decreto 1933 de 1989 establece en sus artículos 16, 17, 18 y 19 los factores a tener en cuenta en relación con la liquidación de las prestaciones sociales de los

empleados del extinto DAS, sin que en ellos se observe la inclusión de la prima de riesgo; sin embargo, esta Sala es del criterio que los conceptos allí enunciados no son taxativos, pues como en reiteradas oportunidades lo ha manifestado el Consejo de Estado, el concepto de salario no se limita a la asignación básica devengada por el trabajador, sino que este contempla además, todo concepto que reciba el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que se le dé; así lo ha precisado nuestro órgano de Cierre:

"Recientemente la Sección Segunda sostuvo que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio³".

Aunado a lo anterior, se debe señalar que en la Sección Segunda del Consejo de Estado no existe una posición unificada en relación con el asunto, toda vez que en las Subsecciones se han dictado fallos ordinarios en los que se ha considerado que la prima de riesgo es y no es factor salarial para la liquidación de prestaciones diferentes a la pensión para los empleados del extinto DAS que desempeñaron cargos de detective especializado, detective profesional, detective agente, criminalístico especializado, criminalístico profesional, criminalístico técnico y conductores.

Así las cosas, el despacho se sostendrá en la posición asumida de tiempo atrás al considerar que la prima de riesgo debe ser incluida, dada su naturaleza salarial, no sólo para efectos de liquidar la pensión de jubilación sino también las prestaciones sociales devengadas en servicio activo.

7.3. CASO CONCRETO

Al interior del proceso aparecen demostrados los siguientes supuestos fácticos jurídicamente relevantes para desatar la cuestión litigiosa sometida a discusión:

- Certificado de tiempo de servicios del accionante, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- en supresión donde se constata que el actor laboró en dicha entidad desde el 01 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose en el último cargo como detective profesional 207-10 (fol. 10)
- Reporte de nómina expedido por el extinto DAS11, por el periodo comprendido desde el 01 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, donde

³CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., 07 de abril de 2011. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00249-01 (0953-10)

se constata que el accionante percibió la prima de riesgo equivalente al 35% de la asignación básica (fls. 13 y s.s.).

- Derecho de petición radicado por el demandante el **10 de diciembre de 2013**, por medio del cual solicita al extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial de sus prestaciones sociales (fls. 2 y 3)
- Oficio No E-2000,27,1-201324677 de 26 de diciembre de 2013, a través del cual el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, negó la solicitud deprecada por el accionante (fol. 4).

Habiendo efectuado las anteriores precisiones, el Despacho advierte que a través del presente medio de control, el señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA pretende la nulidad del acto administrativo distinguido como oficio No. E-2000,27,1-201324677 de 26 de diciembre de 2013, a través del cual la Subdirectora de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad en Proceso de Supresión, negó la reliquidación de las prestaciones sociales, con inclusión de la prima de riesgo.

Con fundamento en las pautas jurisprudenciales antes indicadas, dable es colegir que el máximo Tribunal de esta Jurisdicción, ha establecido que la prima de riesgo constituye factor salarial en materia pensional, y aun cuando nada se dijo sobre el alcance de dicho concepto en materia de liquidación de prestaciones sociales al interior de la precitada sentencia de unificación del año 2013, entiende el Despacho que ha de dársele una aplicación extensiva a lo allí considerado, debiendo en consecuencia, la prima de riesgo ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, pues el mismo razonamiento que efectuó el H. Consejo de Estado en materia pensional, resulta aplicable para estas últimas, toda vez que el fundamento de dicha postura inclusiva fue el que cualquier suma que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, se erige en factor salarial.

Ahora bien, en este caso considera el Despacho que le asiste razón a la parte demandante al reclamar la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, pues acreditado se encuentra con el reporte de nóminas del actor, que el mismo percibió de manera habitual y periódica la prima de riesgo (fol. 14 y ss) que por su naturaleza hace parte de la remuneración directa del servicio y por lo tanto, es salario. Debido a ello, dicha prima tiene el carácter de factor salarial no solamente para efectos pensionales, sino también para efectos prestacionales.

Por lo anterior, se declarará la nulidad del acto acusado y en consecuencia se ordenará a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del extinto DAS, que reliquide las prestaciones causadas a favor del señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 98.356.916 de Gualmatàn Nariño, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS, es decir hasta el 31 de diciembre de 2011 y que no se encuentran prescritas, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, teniendo en cuenta que el

demandante la devengó en un equivalente al 35% sobre su asignación básica mensual.

Igualmente, al monto de la condene que resulte, se le aplicaran los ajustes de valor a que haya lugar, en los términos del artículo 187 del CPACA., aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh - \text{índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reliquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas, o sea la fecha de la reliquidación des prestaciones sociales).

Por último, no puede el despacho dejar de indicar que la parte accionante pretende el reconocimiento de la prima de riesgo no solamente por el periodo en el que prestó sus servicios al extinto DAS hoy SUPRIMIDO, sino que se determine su derecho a seguir percibiendo tal prestación, en virtud de lo señalado en el Decreto 4057 de 2011.

Al respecto sea lo primero indicar que la **petición previa**, como privilegio de la administración, no se agotó en relación con la entidad que incorporó al servidor, esto es, la Fiscalía General de la Nación, por lo que mal se haría si a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que aquella no expidió, se le vinculara con la decisión, luego no resta al despacho más que declararse inhibido para pronunciarse al respecto.

PRESCRIPCIÓN

Sobre el tema de la **prescripción**, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 estableció que las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, agregando que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el evento sub examine, el demandante presentó petición de reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, el **10 de diciembre de 2013**, por lo que en aplicación de lo señalado en la precitada norma, este Despacho declarará probada parcialmente la excepción de prescripción trienal de los derechos laborales, propuesta por la parte demandada, causados con anterioridad al **10 de diciembre de 2010**, por lo que la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas al actor mediante esta sentencia, se dará únicamente durante el periodo

comprendido entre el **10 de diciembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011**, cuando terminó su vinculación para con el extinto DAS.

Para los efectos anteriores, se descontarán los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones, desde el 10 de diciembre de 2010 y en adelante.

Ahora bien, como en este caso también se solicitó la reliquidación de las cesantías con la inclusión de la prima de riesgo, para los efectos a que haya lugar, se tendrá en cuenta el mismo término prescriptivo de las demás prestaciones sociales a liquidar, tal y como lo sostuvo nuestro superior funcional en la sentencia en cita del 5 de julio del pasado año, así:

“En este orden de ideas, para efectos de la reliquidación de cesantías se tendrá en cuenta el mismo término prescriptivo de las demás prestaciones sociales a reliquidar.”

8. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Sin embargo, el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P dispone que en caso de que la demanda prospere parcialmente, podrá el juez abstenerse de condenar en costas, razón por la cual, en este caso, en aplicación de dicha norma, habida consideración que se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No E-2000,27,1-201324677 de 26 de diciembre de 2013, emanado del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS- en supresión, que negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales del actor.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** como sucesor procesal del **DAS**, a reliquidar y pagar con cargo al Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A.- Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" y su Fondo Rotatorio, las prestaciones sociales a favor del señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo como factor salarial equivalente al 35% sobre su asignación básica mensual.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente al excepción de prescripción de derechos laborales propuesta por la parte demandada, por lo que las sumas adeudadas solamente serán canceladas a partir del 10 de diciembre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011, tal y como se indicó en la parte motiva de esta providencia. Del monto a reconocer, la entidad descontará los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones, desde el 10 de diciembre de 2010 en adelante.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZ