



Ibagué, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: JOSE ALETH RUIZ CASTRO
Ref. Expediente: 73001-33-33-008-2014-00335-01
Interno: 151-2021
Medio de Control: RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MAGNOLIA ROJAS AVELLANEDA
Demandado: NACIÓN – DPTO. ADMINISTRATIVO DE
SEGURIDAD – DAS- EN SUPRESIÓN –
PATRIMONIO AUTOONOMO -PAB –
FIDUPREVISORA.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, en contra de la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

“PRIMERA: Que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto No 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenidos en el artículo 53 C.N., que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, La Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS (en proceso de supresión), se declare la nulidad del acto administrativo particular No E-2000.27.1-201324687, notificado el 131-12-2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada prima de riesgo.

SEGUNDA: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social, reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

TERCERA: Que la sentencia se dé cumplimiento en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

¹ Ver Expte Juzgado - Dda- Fls 32-33

CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada”.

2. Fundamentos fácticos²

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizarse así:

1- La señora Magnolia Rojas Avellaneda, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS - desde el 09 de octubre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de pagador 11 del área administrativa, adscrito a la Seccional Tolima, en la ciudad de Ibagué.

2- El extinto DAS, además del salario devengado por la accionante le pagaba a la actora todos los meses la denominada prima de riesgo, ordenada en el Decreto 1933 de 1989.

2- El Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, durante la relación laboral habida con la accionante, no liquidó las prestaciones periódicas (Prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones, bonificación por servicios, cesantías, intereses a las cesantías) incorporando el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.

4- Conforme al Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011, por medio del cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS - se dispuso que los servidores públicos serían incorporados a las entidades receptoras, sin solución de continuidad y en la misma condición a la carrera o provisionalidad que ostentaban en el DAS.

4- Mediante petición radicada el 10 de diciembre de 2013, la demandante solicitó a la entidad accionada el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo y por consiguiente el reajuste de todas sus prestaciones sociales, tales como la prima de navidad, bonificación por servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, cesantías e intereses a las cesantías, con la inclusión de la referida prima de riesgo, petición esta que fue despachada desfavorablemente a través del oficio No E-2000,27,1-201324687.

3.- Contestación de la demanda.

3.1. Fiscalía General de la Nación.

La demanda fue contestada de manera extemporánea

3.2. Patrimonio Autónomo Pap Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS³.

Mediante apoderado judicial, el PAP Fiduprevisora contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Señaló que a quien le debía afectar los resultados del proceso era la Fiscalía, por cuanto se estaba demandando una prestación que incidirá en la liquidación de las prestaciones sociales de una empleada adscrita a la misma y no, al PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, quien

² Ver Expte Juzgado – Dda- fls 30-31

³ Ver Expte Juzgado – archivo 10 -fls 281-304

carecía de dichos emolumentos, por lo tanto, reiteró que en el evento de un fallo adverso este debía verse reflejado en el presupuesto de la Fiscalía.

Luego de señalar las disposiciones normativas que regulan el reconocimiento de la prima de riesgo, indicó que dicho beneficio se constituyó de manera habitual y periódica, pero que el mismo no constituía un factor salarial en virtud de lo expuesto en la Ley y la jurisprudencia.

Sostuvo que el legislador había establecido la prima de riesgo, indicando expresamente que no constituía factor salarial, al no comprometer dicha expresión legislativa los derechos mínimos e irrenunciables establecidos en el artículo 53 de la Carta Política, y por lo tanto no podía el fallador otorgar incidencia a esta en la liquidación de los rubros prestacionales contraviniendo la disposición restrictiva, sólo pudiendo, como hasta ahora lo había hecho el Consejo de Estado, establecer efectos sobre las pensiones.

Adujo que la prima de riesgo reconocida en el ordenamiento jurídico es un ingreso laboral, y que la misma no se entrega como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el hecho de que el trabajador asume un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

Por último, propuso las excepciones de caducidad de la acción, integración del litisconsorcio necesario, inexistencia del derecho a reclamar, inexistencia de la obligación y prescripción.

4.- La sentencia apelada⁴

Lo es la proferida el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Precisó que se debían denegar las pretensiones de la demanda, pues si bien nuestro Órgano de Cierre, en sentencia unificación del año 2013, estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para efectos pensionales, no lo estableció respecto de las prestaciones sociales, tema sobre el cual no existe todavía pronunciamiento unificado.

Manifestó que nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en providencia de 23 de enero de 2020, había concluido: i) que no era posible extender los efectos de la sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013, para efectos de incluir la prima de riesgo como factor para liquidar y pagar el auxilio de cesantías, por cuanto se trataba de prestaciones diferentes; ii) Que dicha sentencia no constituía un precedente de obligatorio cumplimiento para efectos de la forma como deben reconocerse y pagarse las cesantías a quienes laboraron en el suprimido DAS.

Precisó que no se consideraba acertada la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para dejar de aplicar lo normado en el Decreto 1933 de 1989, el cual no estableció la prima de riesgo como factor salarial a efectos de liquidar las prestaciones sociales, máxime cuando el Decreto 2646 de 1994 le restó dicho carácter salarial a la prima especial de riesgo.

Reiteró que no existía un criterio unificado al interior del Consejo de Estado, sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y si bien en la aludida sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013 se

⁴ Ver Expte Juzgado- archivo 12

estableció como factor salarial la prima de riesgo, ello sólo se hizo respecto de la pensión y no sobre las prestaciones sociales.

Finalmente, señaló que no encontraba que la exclusión por parte del legislador de la prima de riesgo como factor salarial para efectos prestacionales desconociera el artículo 53 de la constitución Política, ni las normas de orden superior incorporadas al ordenamiento interno.

5.- El recurso de apelación⁵.

Interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora mediante el cual solicita la revocatoria del fallo de primer grado y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Refirió que no estaba de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de instancia, pues si bien a la fecha no se conocía que el Consejo de Estado hubiese proferido sentencia de unificación referente a si la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, lo cierto era que dicha Corporación en sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013, había unificado criterio en relación a la incidencia de la prima de riesgo en la liquidación de las pensiones de exfuncionarios del DAS, esbozando una interpretación amplia y no restrictiva de la noción de salario.

Precisó que el *a quo* había incurrido en un craso error al no considerar el precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU -995 de 1999 y por el Consejo de Estado en sentencia SU de 01 de agosto de 2013, relacionado con la interpretación amplia del concepto de salario, en donde se indica que está conformado por todas las sumas pagadas habitualmente como contraprestación directa de la labor, sin importar la denominación asignada por la ley.

Adujo que en la citada sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013, el Consejo de Estado, si bien tuvo como objeto unificar criterios en relación a que la prima de riesgo era un factor que debía ser tenido en cuenta en el reconocimiento pensional, también era cierto, que en la misma se efectuó un estudio de la naturaleza de la prima de riesgo, estableciéndose que ella era una retribución directa y constante de los detectives criminalísticos en atención a las características especiales de su labor, por lo que se trataba de un emolumento integral del salario, dado que lo recibían de manera habitual y periódica y como contraprestación de sus servicios.

III. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 26 de marzo de 2021 se admitió el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora y, por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., mediante proveído del pasado 25 de marzo de 2022 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para formular por escrito sus alegatos de fondo, oportunidad en la que concurrió el vocero judicial de la parte actora reiterando lo indicado en el recurso de apelación.

Igualmente, el vocero judicial de la Fiduprevisora presentó los correspondientes alegatos, para lo cual trajo a colación sendos apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado, en donde negaron la inclusión de la prima de riesgo para efectos de

⁵ Ver Expte Juzgado – archivo 15

liquidación de prestaciones sociales, en donde se indicó, que no podía tenerse como referente desde ningún punto de vista la sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013, toda vez que no era acertado darle alcances a la misma sobre un asunto que dicho pronunciamiento no había estudiado; así mismo, señaló que no podía dársele aplicación a la referida providencia, por cuanto no trató de forma particular la prima de riesgo como factor prestacional sino como factor pensional.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado, según voces de los arts. 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir en su orden que corresponde a los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocer de las apelaciones contra las sentencias de primera instancia dictadas por los jueces administrativos.

2.- La impugnación

Pretende el apoderado judicial de la parte actora que se revoque la sentencia de primer grado proferida el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, argumentando que el juez de instancia no había tenido en consideración el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado de 01 de agosto de 2013, en donde se le había dado una amplia interpretación al concepto de salario.

3.- Problema Jurídico.

El presente el litigio se contrae en determinar si resulta ajustada a derecho la postura adoptada por el *a-quo* al negar la reliquidación de las prestaciones sociales del extremo accionante con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, o si, por el contrario, tal como lo aduce el apelante, el acto administrativo demandado que negó el reajuste prestacional con la inclusión de la citada prima, se encuentra viciado de nulidad.

4.- Fondo del asunto.

4.1 Marco Legal de la Prima de Riesgo:

El Decreto 1933 de 1989, por medio del cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en su artículo 4º reguló lo atinente a la prima de riesgo así:

“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.”

De otra parte, el Decreto 2646 de 1994, por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, ordenó el pago de dicha prima para todos sus empleados, señalando que esta prestación no constituye factor salarial, en lo referente 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 2o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

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

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.”

Si bien el H. Consejo de Estado, atendiendo lo expresamente establecido en la norma precitada, había considerado que la prima de riesgo no constituía factor salarial para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los funcionarios del DAS, dicha tesis fue reorientada en Sentencia de Unificación, radiación: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Sección segunda - Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve de 1º de agosto de 2013, en donde se indicó:

“La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010 Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso a una interpretación que atiende a la tesis⁶ mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73⁷ del Decreto 1848 de 1969.

Así se advierte en la providencia en cita:

“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

⁶ Concretamente en lo que se refiere a los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional prevista en la Ley 33 de 1985. Ver sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

⁷ “ARTICULO 73. CUANTIA DE LA PENSION. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado.”

*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.***

(...)

En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo” (Negrilla fuera de texto).

En este mismo sentido, esta Sección en sede de tutela ha mantenido invariable la tesis antes expuesta, en la que se considera la prima especial de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Así se observa en las siguientes providencias:

Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 2011-01438-00 MP. Alfonso Vargas Rincón, en la que se precisó:

“(...) Como se indicó en la jurisprudencia transcrita, ésta 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, circunstancia que el Tribunal desconoció, pues limitó la liquidación a los factores establecidos en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

Visto lo anterior, la Sala concluye que se vulneró el derecho a la igualdad al desconocer el precedente judicial de esta Corporación, lo que conlleva a otorgar un trato desigual a personas que adelantaron acciones con idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los cuales debían conducir al juez al mismo razonamiento y conclusión (...).”.

Y, sobre el mismo particular, la sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 2011-01479-0. M.P. Víctor Alvarado Ardila, sostuvo que:

“En el presente asunto, (...) ha de afirmarse que, efectivamente, el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció la posición que desde el año 2010 ha venido sosteniendo la Corporación en relación con la inclusión de la prima de riesgo en el ingreso base de liquidación de la pensión de detectives en el régimen especial, por lo que vulneró los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la igualdad.

Lo anterior por cuanto, al proferir la decisión acusada, desconoció que, según lo sostenido en la providencia de 10 de noviembre de 2010, si bien es cierto la prima de riesgo no se encuentra enlistada en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 2646 de 1994 afirmó que no tenía naturaleza salarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 debe ser incluida por ser una prima devengada “sin importar su especie”.

Finalmente, ateniendo al principio de igualdad, no puede pasarse por alto que en Sentencias de tutela proferidas por esta Corporación en asuntos similares al ahora debatido, se ha establecido que se incurre en desconocimiento de precedente judicial al no incluir la prima de riesgo como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación de los detectives del DAS en el régimen especial.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento

Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados”.

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:

"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 1991¹⁰ 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 Riesgo¹."

Con fundamento en las anteriores pautas jurisprudenciales se había concluido que la *prima de riesgo*, para efectos de liquidación de pensiones de funcionarios del extinto DAS, constituía factor salarial, no indicándose con ello, que la referida prestación solo tendría 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 del reconocimiento de las demás prestaciones dicha prima fuese constitutiva de factor salarial.

4.2 Lo probado en el proceso:

De acuerdo con la prueba documental allegada al plenario se tiene establecido lo siguiente:

- La demandante Magnolia Rojas Avellaneda, se vinculó laboralmente con el extinto DAS desde el 09 de octubre de 1997 al 31 de diciembre de 2011 en el cargo de pagador 312-11, percibiendo, además de su asignación salarial, un porcentaje adicional del 35% de esa asignación como prima especial de riesgo.⁸
- El 18 de diciembre de 2013, la hoy demandante solicitó el reconocimiento de la prima especial de riesgo como factor salarial, y el consecuente reajuste y pago de todas sus prestaciones sociales.⁹
- La entidad accionada denegó la anterior reclamación con oficio E-2000,27,1-201324687 del 28 de diciembre de 2013.¹⁰

⁸ Ver archivo 7 -fls 18, 28

⁹ Ver archivo 7 -fls 5-6

¹⁰ Ver archivo 7 -fls 7-8

Ahora bien, aunque en otras oportunidades este Tribunal, con ponencia de quien hoy redacta esta ponencia, había sido del criterio de que a la Sentencia de Unificación citada en capítulos precedentes¹¹ debía dársele una aplicación extensiva, ya que el querer de dicho proveído estaba orientado a ampliar el horizonte en materia prestacional en relación con la inclusión de la aludida *prima de riesgo*, la nueva postura asumida por nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, en la reciente Sentencia de Unificación SUJ-027-CE-S2-2022 de 12 de mayo de 2022, hace que ineludiblemente, se varíe postura que se venía adoptando, pues es esta última, la Alta Corporación estudio de manera concreta el tema relacionado con la *prima de riesgo* como factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales, concluyendo que la plurimencionada *prima de riesgo* no es factor salarial para computar prestaciones sociales diferentes a la pensión.

Sobre el particular, la citada providencia de unificación expuso:

“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 2013, 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 efecto.

105. 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 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.

Y finalmente señaló como regla de unificación:

¹¹ Sentencia de Unificación, radicación: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Sección segunda - Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve de 1º de agosto de 2013

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. (Resalta la Sala)

Por lo anterior, considera la Sala, que el aspecto atinente a la *prima de riesgo* como factor salarial para liquidación de las prestaciones sociales de quienes prestaron sus servicios al extinto DAS, debe reorientarse en lo sucesivo, como quiera que la Sentencia de Unificación del 01 de agosto de 2013 que se invocaba como sustento y que se refería a la inclusión de la referida prima de riesgo en la pensión de jubilación de estos servidores, perdió fuerza vinculante para todos los efectos legales, a raíz de la expedición de la reciente Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena del H. Consejo de Estado el 12 de mayo de 2022, en donde, se itera, se concluyó que la plurimencionada prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales diferentes a la pensión.

Así las cosas, lo que la Sala concluye, es que actualmente la sentencia del 1° de agosto de 2013 expedida por el H. Consejo de Estado, ya no tiene aplicación extensiva y en ese sentido no puede afirmarse que la prima de riesgo que percibían algunos de los funcionarios del extinto DAS, deba incluirse para efectos de la reliquidación de sus prestaciones sociales como lo venía realizando este Tribunal, porque no existe ningún fundamento legal para ello y la jurisprudencia que se había aplicado para extender sus efectos legales, perdió su fuerza vinculante, a razón del último pronunciamiento de unificación que sobre la materia profirió nuestro Superior Jerárquico.

Ahora bien, la controversia jurídica respecto de la cual se había aplicado la inconstitucionalidad de la norma por vía de excepción, a juicio de la Sala, ha quedado resuelta con la expedición de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 12 de mayo de 2022.

Y es que como lo ha sostenido lo H. Corte Constitucional, el juicio de inexecutable por violación al principio de igualdad no puede circunscribirse a la aparente violación a dicho principio, pues la misma Corporación ha aceptado que en materia laboral pueden existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad.¹²

Y agrega,

“(....)

Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares¹³.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones

¹² Sentencia C-654/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹³ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)

Así, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

Ha de tenerse en cuenta, además, como también ya lo ha señalado la Corte, que, si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“Si cada uno de estos regímenes especiales es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, se encuentra que los beneficios particulares contemplados en cada uno de ellos, no pueden ser examinados aisladamente, fuera del contexto del régimen especial, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales. El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad. || En relación con lo anterior, es decir con la necesidad de aplicar íntegramente los regímenes laborales especiales, la jurisprudencia ha hecho ver, adicionalmente, que la circunstancia de que en uno de ellos se consagren ciertos beneficios, que no son reconocidos en otros, usualmente se ve compensada por el hecho de que respecto de otra prestación, puede suceder lo contrario. Así ha dicho que “teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”¹⁴ Por ello, las personas “vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”¹⁵. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.”¹⁶ || Adicionalmente, la existencia de los diferentes regímenes existentes, los cuales, como se dijo, deben ser aplicados integralmente, encuentra su justificación en diversas circunstancias constitucionalmente válidas. Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: “En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc.” || En el caso presente, encuentra la Corte que no se encuentra demostrado que quienes no resultan cobijados por el régimen especial referente a la prestación

¹⁴ En un sentido similar, ver sentencia C-598 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 8.

¹⁵ Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes. Fundamento Jurídico No 7.

¹⁶ Sentencia C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

de calzado y vestido de labor, se encuentren dentro de la misma situación objetiva que quienes sí resultan amparados por el reconocimiento, y que por lo tanto deben ser merecedores de igual tratamiento. Antes bien, la presencia de multiplicidad de regímenes laborales dentro del sector público, llevan a la conclusión contraria: la de estar frente a situaciones distintas que imposibilitan adelantar un juicio de igualdad entre los distintos beneficios particulares que se reconocen en uno y otro régimen.”¹⁷

En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

Así, por ejemplo, en el caso de los beneficios en materia de seguridad social la Corte ha precisado¹⁸ que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, un trato diferenciado en ese campo resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema -no apenas uno de sus elementos integrantes-, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; así entonces, si una desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse -conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo¹⁹.

Al respecto la Corte además ha hecho énfasis en que sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico²⁰. Circunstancia que sin embargo solamente podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente²¹.” (Subrayas no originales).

12. A partir de las consideraciones siguientes, se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

¹⁷ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁸ Al respecto ver entre otras las sentencias C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-385/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Ver la Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se señala : “la singularidad y autonomía que caracterizan a estos regímenes excepcionales, sumado a la diversidad de prestaciones que los integran, han llevado a la Corte Constitucional a considerar que, en principio, “no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”.

²⁰ Ibídem Sentencia C-956/01 M.P... Eduardo Montealegre Lynett

²¹ Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha sentencia se señaló lo siguiente “Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente. En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) “con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,²² toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”^{23,24}

Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

Ahora bien, también la Corte debe resaltar que esa improcedencia general no puede comprenderse de manera tal que valide la exequibilidad de tratamientos diversos que (i) se funden en categorías constitucionalmente prohibidas; o (ii) no encuentren justificación en una finalidad compatible de la Carta Política. Por lo tanto, en aquellos casos en que sea posible acreditar uno de estos supuestos, podría alegarse la concurrencia de un tratamiento discriminatorio contrario al derecho a la igualdad.

(....)”

Por lo anterior, la Sala deberá CONFIRMARÁ la decisión apelada, sin más consideraciones adicionales.

5. Costas en segunda instancia

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.

Ahora bien, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto, y en su num. 3º agrega: “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la según

No obstante, debe tenerse en cuenta que para el momento de la presentación de la demanda imperaba el criterio expuesto por el apoderado demandante respecto del carácter salarial de la prima de riesgo en el IBL pensional, el cual, esta Corporación hizo extensivo para efecto de otras prestaciones sociales de los ex servidores del DAS, existiendo para el actor la convicción de que se pudiese acceder a las pretensiones de la demanda, razón por la cual y ante el cambio de postura de esta Sala en acatamiento a la posición unificadora del Consejo de Estado, no habrá lugar a la imposición de condena costas.

²² Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

²³ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-101/11.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

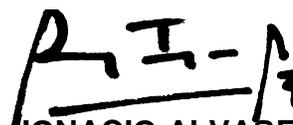
PRIMERO: CONFIRMESE la sentencia apelada proferida por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, el día 18 de diciembre de 2020, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

En firme esta decisión, devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRAN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada; no obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro

Magistrado

Oral 006

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3d440d7715997401c051b542f0cfaa65708e4f8f5cafdc27402c21cd091bf50d**

Documento generado en 22/07/2022 12:19:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>