

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación: No. 73001-33-33-004-**2014-00373-02**
Interno: No. 00585-2020
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA
Demandado: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO
Tercero interesado: FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS Y
SU FONDO ROTATORIO
Asunto: Sentencia de segunda instancia – prima de riesgo

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el día ocho (08) de junio de 2020, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, obrando a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió demanda contra la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, con el fin de que se hagan las siguientes,

DECLARACIONES Y CONDENAS¹

“PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° del decreto Nro. 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 número E-2000,27,1-201324677, notificado el 28/12/2013 (sic), mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada “Prima de Riesgo”.

¹ Fl. 50-65 anexo N° 001 C.P. Tomo I.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: Que la sentencia se de (sic) cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 CPACA.

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

HECHOS

Como sustento fáctico, la parte accionante relaciona:

“1. El demandante laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), desde el 01/02/1990 hasta el 31/12/2011.

2. El cargo desempeñado fue el de detective 10 del área operativa, adscrito a la seccional Tolima, en la ciudad de Ibagué.

3. La asignación básica devengada fue la suma de \$1.351.544 y en razón de su cargo, percibió por concepto de prima especial de riesgo un 35% de su asignación básica mensual.

4. El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), además del salario percibido, le pagaba mes a mes una prima denominada "prima de riesgo", ordenada en el decreto Nro. 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.

5. La prima de riesgo citada fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de las labores de alto riesgo en las que se encontraban expuestos a peligro mayor; les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.

6. El decreto 1933 de 1989 "por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados de Departamento Administrativo de Seguridad", en el artículo 4º, creó la "prima de riesgo", sin excluirla como factor constitutivo de salario, imponiéndole como única limitación que "Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público".

7. El decreto Nro. 2646 de 1994, "por el cual se establece la prima especial de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad", además de establecer cuáles categorías (cargos) de empleados del DAS tenían derecho a percibir mensualmente, con carácter permanente la prima especial de riesgo y determinar el porcentaje aplicable a la asignación básica para su liquidación, se extralimitó al consignar en su artículo 4º que la prima de riesgo no podía constituirse como factor

salarial, desconociéndose el derecho adquirido nacido en la norma genitora (decreto 1933/89).

8. Según el artículo 13 del Decreto 1932 de agosto 28 de 1989, constituían factores de salario además de la asignación básica mensual fijado para los distintos cargos, otros factores recibidos por el empleado como retribución por sus servicios, así: a) los incrementos por antigüedad de que trata el artículo 8° del decreto 10 de 1989, b) la bonificación por servicios prestados, c) la prima de servicio, d) el auxilio de transporte, e) el auxilio de alimentación, f) los viáticos y g) los gastos de representación.

9. El Departamento Administrativo de Seguridad durante toda la relación laboral no liquidó las primas y prestaciones sociales 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, lo que motiva en esta demanda a solicitar y obtener la reliquidación de todas las prestaciones relacionadas.

10. No se conoce ni ha sido comunicado como mucho menos notificado a la fecha que exista acto administrativo que dé cuenta de la liquidación definitiva de prestaciones sociales por retiro del actor.

11. Los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto 1932 de agosto 28 de 1989, 8° del Decreto Ley 10 de 1989 y 8, 9, 16, 17 y 18 del Decreto 1933 de agosto 28 de 1989, fueron la base normativa para la liquidación de las prestaciones descritas en el hecho anterior y sobre las cuales el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), cada año las liquidaba tomando como factores los presupuestados en dicha normatividad, sin que se incluyese la prima de riesgo, liquidación deficitaria que conllevó para la demandante causación de perjuicios originados al quedar disminuido el valor de sus derechos sociales.

12. El artículo 4° de la Constitución Política consagra la inaplicabilidad en caso de incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica frente a la Carta Magna.

13. Como la prima de riesgo es constitutiva de salario según la orientación Jurisprudencial de las Altas Cortes, que entre las más recientes esta la proferida por el **Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 1 de agosto de 2013, Sección Segunda, CP. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11)**, para efectos de su reconocimiento en el sub judice, procede la inaplicabilidad del artículo 4° del decreto 2646 de 1994, en cuanto indica que esta prima no lo es.

14. La inaplicabilidad es evidente no solo por contrariar normas de orden superior sino por la misma decisión del gobierno nacional de corregir la incongruencia, dado que por medio del inciso segundo del artículo 7° 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.", reconoció tácitamente el carácter salarial que tiene la prima de riesgo, al punto de incorporarla a la asignación básica, constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales y así no desmejorar las condiciones salariales del personal que se habría de incorporar a las entidades receptoras.

15. Conforme al inciso 3 del artículo 6 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, en consecuencia, los funcionarios fueron incorporados a las nuevas entidades receptoras.

16. El DAS posterior a la reubicación consignó en la cuenta bancaria de cada empleado lo que consideró deberles sin que hubiera mediado acto administrativo, aviso, comunicación o acto previo en el que se les hubiera informado.

17. Mediante reclamación administrativa dirigida al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), radicada el 10/12/2013, solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales, la prima de riesgos contemplada en el Decreto 2646 de 1994, y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como lo son primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses a las cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.

18. En el acto administrativo particular número E-2000,27,1-201324677, notificado el 28/12/2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y en el mismo no se le indicó cuales recursos procedían con lo que se le negó la posibilidad de interponerlos, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

19. Ante la procuraduría 9 Judicial II Delegada para asuntos Administrativos de Bogotá, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida el 21 de abril de 2014, diligencia oportunamente notificada a la Agencia Nacional para la defensa Jurídica del Estado.”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado contemplado en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas contestaron el libelo introductorio oponiéndose a la prosperidad de las súplicas de la demanda, para lo cual esgrimieron las siguientes argumentaciones defensivas:

- **Fiduprevisora S.A.:²**

“7.1.7 El extinto Departamento Administrativo de Seguridad "Das En Supresión", ha negado el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, no obstante las disposiciones legales y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. En efecto, en la respuesta cuya nulidad se impetra, manifestó que era claro que, de acuerdo con el marco normativo mencionado, y en especial con lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 2646 antes transcrito que la prima de riesgo que reconoce a favor de los funcionarios del DAS mencionados en el artículo 1 ibídem, no constituye factor salarial bajo ninguna circunstancia.”
(...)

“7.1.8.2 Se concluye, que el efecto de la prima de riesgo sobre las pensiones de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de jubilación, más no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de

² Fl. 118-139 anexo N° 002 C.Ppal. Tomo II.

prestaciones, sea contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia C-279 de 1996.

7.1.8.3 *Teniendo en cuenta las argumentaciones anteriores, se tiene que la prima de riesgo reconocida en el ordenamiento efectivamente es un ingreso laboral, pero, se recalca, que la misma 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.”*

(...)

Finalmente, formuló las siguientes excepciones: “CADUCIDAD E INEPTA DEMANDA”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE DE PARTE DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD”, “PRESCRIPCIÓN TRIENAL” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

- **Fiscalía General de la Nación³:**

“En el caso concreto, se advierte que la fiscalía general de la nación carece de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que no está legitimada de hecho ni materialmente. En efecto, las pretensiones fueron formuladas en contra del extinto Departamento Administrativo de Seguridad y, adicionalmente, la FGN no estaría llamada a responder ante una eventual sentencia condenatoria, pues los hechos a que se refiere la presente acción le son completamente ajenos y no le son imputables.

Aunado a lo anterior, tampoco puede considerarse que la Fiscalía General de la Nación es la sucesora procesal del extinto DAS, de conformidad con lo preceptuado en los reglados 7 y 9 del Decreto 1303 de 2014 “Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011”, en consonancia con el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011 “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”.

Se propusieron como excepciones las siguientes: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”, “INEPTA DEMANDA PORQUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS NO SON SUCEPTIBLES DE CONTROL JUDICIAL”, “INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS” y “GENÉRICA”.

- **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁴:**

*“Mediante Acto Administrativo No. **E-2000,27,1-201324677**, el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS En Proceso de Supresión, **notificado al actor el 28 de diciembre de 2013**, le manifestó, que no reconocía la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones legales de los funcionarios, porque de lo contrario estaría en contravía de los preceptos normativos y legales antes transcritos – esto es absolutamente claro – no puede un funcionario apartarse de la normativa, por cuanto su actuar tendría dos*

³ Fl. 185-194 anexo N° 001 C.Ppal. Tomo I.

⁴ Fl. 113-131 anexo N° 001 C.Ppal. Tomo I.

consecuencias, una de carácter fiscal y la otra disciplina. No existía orden en tal sentido y lo que pretende es de carácter declarativo.”

Por otra parte, se interpuso las excepciones de: “EXCEPCION DE CADUCIDAD E INEPTA DEMANDA”, “INTEGRACIÓN LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DE CONTRADICTORIO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD”, “PRESCRIPCIÓN TRIENAL” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 08 de junio de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 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 (sic) 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 liquidación de las prestaciones, desde el 10 de diciembre de 2010 en adelante.

CUARTO: Sin condena en costas (...).”

Para llegar a la anterior decisión, el *a quo* consideró:

“(…)

“Con fundamento en las pautas jurisprudenciales antes indicadas, dables 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 racionamiento que efectuó el H. Consejo de Estado en materia pensional, resulta aplicable esta estas últimas, toda vez que el fundamento de dicha postura inclusiva fue el que cualquier suma de dinero que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, se erige en factor salarial.”

LA APELACIÓN

Oportunamente, el apoderado judicial de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 08 de junio de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

“(…)”

Por su parte sobre la primacía de la realidad sobre las formas, se tiene que este principio no se aplica en la medida que los aspectos fácticos que se relacionan en la demanda no son diferentes a la realidad. Innegablemente la primacía del riesgo se la causó y reconoció al demandante tal como lo establecía la norma en cuestión (Decreto 2646 de 1994). No era posible ser incluida en otras liquidaciones de beneficios laborales tales como “(...) primas (...) legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías (...)”, En la medida que, si acudimos al decreto 1933 de 1989, como norma rectora del régimen prestacional de los empleados del D.A.S. y otras, no es posible ser considerado éste como factor para liquidación de estos beneficios prestacionales por cuanto la norma no lo habilita. Fíjese que la exclusión o inclusión de una partida en el salario también depende de lo que diga la ley al momento de ser considerada como base de liquidación de otra.

Frente a la prima de riesgo como factor prestacional y su inclusión o no como base para liquidar otros beneficios laborales no existe sino una norma sobre la que debe sujetarse el operador jurídico al momento de decidir y es el Decreto 2646 de 1994 que la originó y la causó.”

“(…)”

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido mediante proveído fechado el veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020) (anexo N° 004 fol. 1-2 exp. Trib. Adtivo.), posteriormente, en providencia de fecha once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo (anexo N° 009 fol. 1-2 exp. Trib. Adtivo.), derecho del cual hizo uso la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO ⁵.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes,

⁵ Ver anexo N° 012 folios 1-14 exp. Trib. Adtivo.

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Competencia

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un acto sujeto al derecho administrativo expedido por una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal y como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2. Definición del recurso

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte accionada en contra de la sentencia de primer grado.

2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si tiene derecho el señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA a que se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales que le fueron pagadas, teniendo en cuenta la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, y como consecuencia de ello declarar la nulidad del oficio identificado con el número E-2000, 27,1-201324677 adiado el 26 de diciembre de 2013.

En aras de desatar la controversia que ocupa la atención de la Sala, se hará mención *i)* al acto administrativo acusado, *ii)* pruebas, *iii)* el régimen legal aplicable al caso de autos y, finalmente, *iv)* el caso concreto.

3. El acto administrativo acusado

Se encuentra contenido en el oficio fechado el 28 de diciembre de 2013 e identificado con el radicado número E-2000,27,1-201324677, suscrito por la Subdirectora de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad DAS en Proceso de Supresión, por medio del cual se negó la inclusión la prima de

riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales en la medida que no constituye factor salarial.

4. Pruebas

De conformidad con los elementos de convicción aportados al expediente con el lleno de los requisitos legales y dentro del término legal, la Sala encuentra el siguiente material probatorio:

- Que por medio de petición radicada por la parte actora el 10 de diciembre de 2013⁶ ante el Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de Supresión, se solicitó reconocer al extremo actor la prima de riesgo establecida en el decreto 2646 de 1994 como factor salarial.
- Que mediante el oficio E-2000,27,1-201324677 adiado el 26 de diciembre de 2013⁷, la Subdirectora de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad DAS en Proceso de Supresión, denegó la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales de la parte demandante en la medida que no constituye factor salarial.
- Certificado del tiempo durante el cual prestó sus servicios el señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA en el Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión, relacionando el lapso comprendido entre el 1 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011 (fol. 18 del C. Ppal. Tomo I).
- Reportes de nómina del señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y del año 1996 a 2011, emitido por el Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión (fol. 19, 21-32 del C. Ppal. Tomo I).
- Hoja de vida del servidor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, contenida en el anexo N° 003 cuadernos denominados expediente administrativo cuadernos N° 1 y 2.

5. Prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrado de Seguridad – DAS

En lo que concierne al desarrollo normativo que ha tenido la prima de riesgo reconocida al personal que ha prestado sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, encontramos las siguientes disposiciones legales:

⁶ Ver folios 5-6 anexo N° 001 Cuad. Ppal. Tomo I exp. Juz. Adtivo.

⁷ Folio 7-8 anexo N° 001 Cuad. Ppal. Tomo I exp. Juz. Adtivo.

El decreto 1933 de 1989, “Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, estableció:

“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.”

Seguidamente se expide el decreto 1137 de 1994, “Por el cual se crea una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, indicando al respecto:

“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.”

Finalmente, el decreto 2646 de 1994, “Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgos para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, derogó el artículo 4º del decreto 1933 de 1989 y el decreto 1137 de 1994, aumentando el porcentaje que se había otorgado a la prima de riesgo anteriormente y reiterando que la misma no constituía factor salarial, bajo las siguientes prescripciones:

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

Artículo 3º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente

y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.

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

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

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

Conforme a las anteriores previsiones legales quedaba establecido para nuestro órgano de cierre jurisdiccional que la prima de riesgos no constituía factor salarial para algunos cargos que eran beneficiarios de devengar esta prima en razón a la actividad especial que desempeñaban dentro del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

Posteriormente fue proferida la sentencia calendada el 1 de agosto de 2013, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, identificada con el radicado N° 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), magistrado Gerardo Arenas Monsalve, en donde se modificó la postura que se venía aplicando en la negativa de incluir la prima de riesgos como factor salarial frente a cualquier tipo de prestación, por lo que precisó para el efecto que se tendría únicamente como factor salarial para efectos pensionales en los siguientes términos:

“(...)”

“Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala oportuno señalar que en lo que se refiere al reconocimiento de la prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento de Seguridad, DAS, esta Sección en un primer momento, atendiendo el tenor literal de la norma, negó la inclusión de la referida prestación para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones a reconocer a favor de los servidores del extinto Departamento de Seguridad, DAS.”

(...)

“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 de la pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.”

(...)

“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 tomada en cuenta para los fines indicados.”

(...)

“Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del

extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.”

(...)

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

Como consecuencia de la sentencia de unificación señalada con anterioridad, se presentaron diversas interpretaciones en lo relacionado con hacer extensiva la posición del órgano jurisdiccional de tomar la prima de riesgos como factor salarial no solo para liquidar las pensiones de los miembros que laboraron en el DAS, sino también para que se aplicará en las reclamaciones de las prestaciones sociales, existiendo un criterio que accede a ello y otro que no.

Bajo esta circunstancia habrá que decirse que en la actualidad el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa no tiene una postura unificada en lo pertinente a incluir en la liquidación de las prestaciones sociales del personal que se desempeñó en el extinto DAS, la prima de riesgo como factor salarial, por lo que en el presente se da aplicación al ejercicio de la autonomía e independencia del Juez, según el asunto que se discuta.

6. Caso concreto

En el presente asunto, el señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a partir del 1 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, ocupando como último cargo el que se denomina DETECTIVE PROFESIONAL 207-10, solicitando en la presente demanda que previa inaplicación del artículo 4 del decreto 2646 de 1994, por infringir el artículo 53 de la carta magna, se reconociera como factor salarial la prima de riesgo para efectuar la liquidación de sus prestaciones sociales.

Bajo este panorama, se reitera que a la fecha no existe criterio unificado sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales emitido por el Consejo de Estado, pese a que en la sentencia del 1 de agosto de 2013 identificada con el radicado N° 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), magistrado Gerardo Arenas Monsalve, se consideró que este factor si tiene connotación salarial pero para otras premisas fácticas disímiles a las que se debaten en el sub examine, en la medida que se especificó que se aplicó a un tema pensional y no en razón a prestaciones sociales, motivo por el cual esta Corporación considera no será aplicable al presente caso.

Por otra parte en lo que tiene que ver con la solicitud de inaplicación del artículo 4 del decreto 2646 de 1994, por el cual se establece la prima de riesgos para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, es claro que el mismo legislador reiteró como lo venía estableciendo en normatividad anterior que esta prima no constituye factor salarial, para lo cual la jurisprudencia ha sido enfática en indicar que esta función hace parte de la potestad legislativa, a través del Congreso de la República y el Gobierno Nacional en cabeza del Presidente de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la constitución política, así como de la ley 4 de 1992.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional a través de sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, expediente D-002, acumulados D-204 y D-817, Conjuez Hugo Palacios Mejía, a través de la cual indicó:

“El legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. 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”.

En este orden de ideas en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en una acción de tutela interpuesta por el Patrimonio Autónomo Público –PAP – Fiduprevisora S.A. – Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad y su Fondo Rotatorio contra la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 15 de agosto de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2019-02916-00(Ac), Consejero Hernando Sánchez Sánchez, decidió en un asunto similar al presente:

*“Para la Sala, el Tribunal Administrativo de Sucre no desconoció el precedente judicial sentencia por el Consejo de Estado, en la sentencia de 28 de agosto de 2018, toda vez que la situación fáctica de ambos casos son totalmente diferentes, toda vez que en esa oportunidad el Consejo de Estado se ocupó de unificar lo concerniente a los factores salariales que integran el Ingreso Base de liquidación Pensional de quienes se encuentran en régimen de transición, lo cual no guarda relación fáctica con el caso bajo estudio, dado que, el [actor] no solicitó la inclusión de la prima de riesgo devengada para efectos pensionales, sino para la liquidación de otras prestaciones sociales; sin embargo, la Sala considera que la autoridad judicial al resolver el caso concreto aplicó de manera errónea la regla jurisprudencial contenida en la sentencia de unificación jurisprudencial de 1 de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado al caso del [actor] toda vez que aquella se dirigió a una situación jurídico administrativa en concreto, a saber, la inclusión de la prima de riesgo dentro del ingreso base de liquidación pensional de algunos funcionarios del DAS, tales como detectives, agentes y criminalísticos. **En ese orden de ideas, se debe hacer énfasis en que en la sentencia del 1 de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del***

extinto DAS, y por tanto, debía ser incluida dentro del ingreso base de liquidación, por lo que en el presente caso, el Tribunal Administrativo de Sucre incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, al haber aplicado de manera errónea la ratio decidendi contenida en la sentencia de 1 de agosto de 2013, toda vez que, no podía reconocerse la reliquidación de las demás prestaciones sociales del [actor] con fundamento en la prima de riesgo, teniendo en cuenta que, la sentencia 1.º de agosto de 2013 no estableció la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo sobre haberes distintos a los pensionales. Para la Sala como el [actor] no solicitó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial constitutivo de su ingreso base de liquidación pensional, toda vez que lo que pretendía era la reliquidación de prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, y que fueron liquidadas una vez fue retirada del extinto DAS sin tener en cuenta la ya mencionada prima, no era de recibo acceder a tales pretensiones, en tanto que la jurisprudencia vigente para el momento en que se profirió la sentencia de 8 de mayo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Sucre, era clara en señalar que procedía el reconocimiento de la prima de riesgo solo para efectos pensionales. En ese orden de ideas, la Sala concederá el amparo de los derechos fundamentales del actor citados supra.” (Subrayas y negrita fuera de texto)

Conforme a todo lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia actual del órgano de cierre de la jurisdicción, esta Corporación revocará la sentencia objeto de apelación en el sentido que no hay lugar para acceder a las pretensiones impetradas por el extremo actor encaminadas a que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994⁸, al vulnerar el artículo 53 de la carta magna, se reconozca la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales de la parte demandante, pues desde que se profirió la sentencia calendada el 1 de agosto de 2013 por la Sección Segunda del Consejo de Estado se decidió darle connotación a la prima de riesgo como factor salarial a pesar que dentro de la norma que la contempla claramente se reiteró que no se constituía en aquel, pero únicamente para tener en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional y no para otras prestaciones sociales, como se pretende en el *sub examine*.

De igual forma, esta Sala indica que la exclusión por parte del legislador de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales de las personas que se desempeñaron en el extinto DAS, no desconoce el artículo 53 constitucional, que contempla la naturaleza de salario, y en consecuencia se concluye que se deberán despachar favorablemente los argumentos expuestos en el recurso de alzada por el extremo demandado, y por consiguiente revocar la sentencia apelada, para en su lugar denegar las pretensiones consignadas en libelo demandatorio.

Por otra parte, es del caso traer a colación la sentencia de unificación emitida por el Honorable Consejo de Estado el pasado 28 de agosto de 2018, en donde se clarificó que solo se tendrán en cuenta en la base de liquidación pensional los factores que

⁸ Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgos para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

se encuentren enlistados en el decreto 1158 de 1994, siempre y cuando estos hubieren sido percibidos por el trabajador y sobre los mismos se haya efectuado las respectivas cotizaciones al sistema general de pensiones, argumento de más para indicar que no es dable acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que la prima de riesgo no se encuentra enlistada dentro de la normatividad señalada para efectos de inclusión pensional, posición que se viene aplicando en la actualidad en la jurisdicción contenciosa.

7. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

Ahora bien, y como quiera que en el *sub lite*, se ha resuelto favorablemente la alzada interpuesta por la parte demandada (Art. 365-1 C.G.P.), y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de segunda instancia a favor del extremo demandado y a cargo del señor WILLIAM JONNHY QUIROZ ORTEGA, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Por lo tanto, se profiere la siguiente,

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

Primero: **REVOQUESE** la sentencia apelada proferida el 8 de junio de 2020, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se deniegan las mismas, en consonancia con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

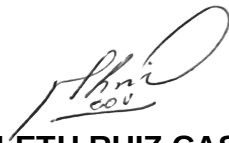
Segundo: **CONDENASE** en costas de la segunda instancia a la parte demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: Una vez en firme ésta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones de rigor.

Ésta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día siete (07) de abril de dos mil veintidos (2022).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado
(Ausente con incapacidad)


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
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: **1416b9ef5b8a77efb128edb6ceea7cbf817e5044167f087e941d0be17b1d5fa0**

Documento generado en 08/04/2022 04:17:37 PM

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