



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD 056-2020

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por las partes demandante y demandada contra la Sentencia No. 149 de 03 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

La señora CLARA INÉS OSORIO HOYOS, por intermedio de apoderado debidamente constituido promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“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 DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG (S/N), notificado el 21/12/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada “Prima de Riesgo”.

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 cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 CPACA.

¹Folios 01 a 16 cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada."

1.1. Hechos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, se consignaron los siguientes hechos:

La demandante laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), desde el 03/05/1982 hasta el 31/12/2011.

El cargo desempeñado fue el de técnico 05 del área administrativa, adscrito a la Seccional Cauca, en la ciudad de Popayán.

La asignación básica devengada fue la suma de \$1.045.155 y en razón de su cargo, percibió por concepto de prima especial de riesgo un 15% de su asignación básica mensual.

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.

Mediante reclamación administrativa dirigida al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), radicada el 05/12/2013, 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.

En el acto administrativo particular número DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG (S/N), notificado el 21/12/2013, 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.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

Estimó violados los artículos 53, 93 de la Constitución Política.
El artículo 127 del C.S.T modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990

Explicó el extremo demandante, el significado que para el ordenamiento jurídico tiene el concepto de salario y sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago, indicando que deben ser integradas todas las sumas pagadas de manera habitual, generadas como contraprestación de

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
la labor ejecutada por el empleado, sin importar las denominaciones asignadas por la ley o las partes contratantes.

Señaló que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, además del salario percibido, pagaba mensualmente una prima denominada “prima de riesgo” ordenada, concebida, reconocida a los empleados que por el ejercicio de labores de alto riesgo se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada en forma habitual y periódica durante el vínculo laboral, como contraprestación directa del servicio.

Sostuvo que las normas que dieron origen a la prima de riesgo, inicialmente la concibieron para un determinado grupo de funcionarios, que posterior, fue ampliada hasta llegar a beneficiar a todos los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, que la misma fue cancelada en forma habitual y periódica y como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían, y como efectivamente la reconoció la entidad demandada durante la relación laboral. Además, resalta que la norma gestora de la referida prima, -el Decreto 1933 de 1994-, no la excluyó como constitutiva de salario.

Bajo ese entendido arguyó que las normas posteriores a la génesis de la prestación sub lite, decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, están en contravía del principio constitucional de los derechos adquiridos contenido en el art. 58 del Estatuto Superior, dado que en los términos del artículo 31 de la Constitución de 1886, vigente al nacimiento de la prima de riesgo mencionada, configuró un derecho adquirido prolongado a la actualidad.

2. La contestación de la demanda.

2.1. Por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.²

La entidad señaló que no puede intervenir dentro del proceso judicial como parte pasiva o sucesora procesal como tampoco fijar una posición autónoma frente a los asuntos relacionados con el extinto DAS, cuyo sucesor procesal es la Fiscalía General de la Nación, proponiendo como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por ausencia de formulación de cargos de nulidad, ausencia de ilegalidad en la actuación del extinto DAS, falta de jurisdicción y prescripción.

2.2. Unidad Nacional de Protección³.

La entidad se opuso a las pretensiones refiriendo en primer término que la prima de riesgo no es factor salarial, pero adicionalmente invocando su falta de legitimación en la causa por pasiva porque, aunque la demandante fue vinculada a la UNP, la reclamación venía desde antes de su ingreso y por lo tanto debe dirigirse la demanda ante la entidad correspondiente.

²Folio 97 a 106 Cuaderno principal.

³Folio 93 a 99 del Cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

2.3 Fiduciaria La Previsora SA y Fondo Rotatorio⁴.

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no se advierten los cargos o vicios de nulidad del acto administrativo enjuiciado, materializándose una inepta demanda.

Resaltó que al momento en que el extinto DAS negó la petición de la demandante, no violó la normatividad descrita en la demanda, puesto que en ejercicio de las competencias que le corresponde, para definir las condiciones particulares de reconocimiento o no de efectos de factor salarial, acudió a la interpretación y aplicación de la norma, de la que concluyó que la demandante no le asiste el derecho reclamado por no ser destinatario de la misma.

Propuso las excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A., inepta demanda por ausencia de formulación cargos de nulidad, ausencia de ilegalidad en la actuación del extinto DAS, falta de jurisdicción por el rompimiento del fuero de atracción y prescripción.

2.4. De la Fiscalía General de la Nación⁵.

La entidad se opuso a las pretensiones por no ser la entidad que contrató a la demandante y no haber tenido relación laboral con ella.

También adujo que con los actos administrativos que denegaron derechos laborales no se transgredió ninguna norma constitucional y legal.

Como excepciones previas propuso las de cumplimiento de un deber legal, inexistencia de la obligación o derecho reclamado, buena fe y prescripción de derechos.

3. La sentencia de primera instancia⁶.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia No. 149 de 03 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó a la Agencia Jurídica del Estado y a la Fiduciaria La Previsora como vocera del PAP FIDUPREVISORA S.A. defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio, reliquidar y pagar las prestaciones sociales a favor de la demandante, a partir del 10 de diciembre de 2010, incluyendo en la base de liquidación, la prima especial de riesgo en cuantía del 15% como factor salarial.

La a quo consideró que la prima de riesgo fue pagada mensualmente a la demandante, por lo que tiene derecho a que le sea liquidada como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales y ante la negativa del extinto DAS de efectuar tal reconocimiento, hay lugar a la declaratoria de nulidad.

⁴Folios 205 a 211 Cuaderno principal.

⁵Folio 219 a 229 Cuaderno principal.

⁶Folios 299 a 304 Cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

4. El recurso de apelación.

4.1. Parte demandante⁷.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, por considerar que no hay lugar a aplicar la prescripción, como quiera que en tratándose de cesantías, dicho término solo inicia su conteo con la terminación de la relación laboral, aspecto que no ocurrió en el sublite porque el demandante fue vinculado a otra entidad del Estado.

De otro lado, sentó su disconformidad con la condena en costas, en tanto se debió cubrir lo correspondiente a notificaciones y correos y se depositó los gastos del proceso ordenados por el Despacho. Consideró también que debe tenerse en cuenta la diligencia y cuidado de la parte en la actuación procesal, además del desplazamiento del apoderado desde Medellín a Popayán.

Señaló que debe tenerse en cuenta la dignidad de la profesión del abogado porque pese al poco valor económico del asunto, no lo llevó a descuido o abandono, porque por encima de esta circunstancia está el decoro y el cuidado en la atención de las diligencias.

Refirió que el Acuerdo 1887 de 2003, establece un porcentaje del 20% de las agencias en derecho, atendiendo a la calidad de la gestión, a la naturaleza del proceso y a la duración de la labor.

4.2. Fiduciaria La Previsora como vocera del PAP FIDUPREVISORA S.A. defensa jurídica extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo rotatorio⁸.

El PAP recurrió la decisión de instancia arguyendo que la decisión está sustentada en el precedente del Consejo de Estado que ordenó incluir la prima de riesgo en la reliquidación pensional, aspecto que no se discute en el asunto de autos, razón por la cual se está dando un alcance erróneo a la jurisprudencia que en ningún momento ha establecido que la prima de riesgo constituye un factor salarial para liquidar prestaciones de los miembros activos del DAS.

Adicionalmente refirió que la negativa de incluir la prima de riesgo como factor salarial, no compromete los derechos constitucionales relacionados en la demanda, porque es la propia libertad de configuración normativa del legislador, la que da lugar a que no constituya factor salarial.

Manifestó que esta posición ha sido acogida por varios despachos judiciales, solicitando que se revisen las decisiones adoptadas.

Apeló la condena en costas por considerar que no existe causa que las justifique, en tanto no se ha actuado temerariamente ni de mala fe.

⁷Folios 326 a 330 Cuaderno principal.

⁸Folios 331 a 338 Cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
Finalmente expuso que frente al personal que fue incorporado a la FISCALÍA, es esta entidad la que debe asumir la defensa en el asunto, porque no existe solución de continuidad en la prestación del servicio.

5. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 14 de noviembre de 2018⁹, se admitió el recurso de apelación y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Con auto de 29 de noviembre de 2018¹⁰, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. UNP¹¹.

La entidad sostuvo que la prima de riesgo no constituye factor salarial, solicitando revocar la decisión de instancia, además de insistir en la falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.2. Por la FIDUPREVISORA S.A¹².

En los alegatos de segunda instancia, se insistió en los planteamientos del recurso de alzada.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

2. Caducidad.

La demanda fue presentada dentro de los términos exigidos por el artículo 164 numeral 2 literal d) del CPACA.

3. Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal determinar si la prima de riesgo constituye o no factor salarial para reliquidar las prestaciones sociales de la demandante, a efectos de establecer si la Sentencia No. 149 de 03 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

⁹Folio 03 cuaderno recurso de apelación.

¹⁰Folio 08 cuaderno recurso de apelación.

¹¹Folios 12 y 13 cuaderno recurso de apelación.

¹²Folios 14 A 18 cuaderno recurso de apelación.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

De resultar positiva la respuesta al problema jurídico anterior deberá dilucidarse a qué entidad le corresponde asumir las prestaciones reclamadas y finalmente habrá de pronunciarse el Tribunal respecto de la condena en costas.

4. La prima de riesgo de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

Normativamente su consagración viene establecida inicialmente en el artículo 4º del Decreto 1933 de 1989, en los siguientes términos:

“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.”

Posteriormente, el Decreto 2646 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a todos los empleados del DAS:

“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.”

En cuanto al marco normativo, el Consejo de Estado en la sentencia del primero de agosto de 2013¹³, señaló:

En relación con la prima de riesgo, estima la Sala que mediante Decreto 1137 de 1994 se creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente; criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores³, equivalentes, en todo caso, al 30% de su asignación básica mensual, la cual según el artículo 1 ibídem no constituía factor salarial.

Así se lee en la citada norma:

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

La citada disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994 “por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del

¹³ Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11) SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
*Departamento Administrativo de Seguridad”, a través del cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la citada prestación especial para el mismo grupo de empleados, pero en un porcentaje superior al establecido en el Decreto 1137 de 1994, en los siguientes términos:
“ARTÍCULO 1o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.”*

En este punto advierte la Sala, que el Decreto 2646 de 1994, en su artículo 4, retoma la previsión del artículo 1 del Decreto 1137 de 1994, según la cual la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, en los siguientes términos:

“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 133 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”

De acuerdo con lo anterior, bajo una interpretación literal de los supuestos normativos, se observa que la prima de riesgo desde su creación mediante el Decreto 133 de 1989, así como su desarrollo a través de los decretos 132, 137 de 1994 y Decreto 2646 de 1994, si bien se asume como contraprestación para los empleados del DAS, no se considera, expresamente como factor salarial.

Ahora, el Consejo de Estado en la citada sentencia del 1º de agosto de 2013, replanteó su posición jurisprudencial dirigida a la negativa del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial pero para efectos pensionales. La sentencia establece lo siguiente:

“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.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

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 (sic) 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.

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.”

A partir de la interpretación que hiciera el Alto Tribunal en esa sentencia, se ha considerado que la prima de riesgo goza de una naturaleza salarial, lo que generó la controversia si al tenerse en cuenta como factor para liquidar las pensiones de los miembros del extinto DAS, sería aplicable en las reclamaciones sobre prestaciones sociales como factor salarial. De ello se originaron diversas posiciones en favor y en contra.

De esta manera se puede observar en la Sentencia de Tutela de 16 de abril de 2015 y la Sentencia de 06 de agosto de 2015¹⁴, el Consejo de Estado reafirmó que la prima de riesgo es un factor salarial para todos los efectos, sin importar que la reclamación fuera para asuntos pensionales o en eventos de prestaciones sociales:

“Examinado lo anterior y las inconformidades de la actora, se considera necesario aclarar que si bien es cierto que la providencia en la que se fundamentó el ad quem en el fallo en censura, hacía referencia a un asunto de reliquidación pensional, también lo es que en la misma, la Alta Corporación Judicial fue precisa en establecer que dicha prima se constituye en un factor salarial por haber sido percibida en forma constante como una retribución directa del trabajo.

En efecto, en la sentencia de 1º de agosto de 2013, la Sección Segunda de esta Corporación unificó criterios en torno a la prima de riesgo como factor para el reconocimiento de la pensión de jubilación de trabajadores del DAS (...)

Así las cosas, es claro que la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia acertó en la interpretación efectuada en la sentencia de 4 de noviembre de 2014, acusada, pues es evidente que aunque el legislador consagró la prima de riesgo como una prestación que no constituía factor salarial, lo cierto es que, al efectuarse un examen frente al carácter de la misma, en consonancia con la Jurisprudencia de esta Corporación Judicial así como con el principio de la primacía de la realidad

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Expediente con radicación N° 11001031500020140424901. C. P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
sobre las formas y el de favorabilidad en materia laboral, dicha prima sí constituye factor salarial.

En efecto, todas aquellas sumas que percibe el trabajador independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, prima de riesgo, entre otros, si son percibidas de manera habitual y periódica como contraprestación directa por los servicios del trabajador, son consideradas factores salariales por ostentar el carácter de éste, tal como ocurrió en el sub examine con la pluricitada prima de riesgo, la cual se le pagó al trabajador en forma periódica en virtud de sus servicios laborales.”¹⁵

Igualmente, se tiene la Sentencia de 28 de marzo de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 11001-03-15-000-2017-00483-00. De esa providencia se destacan los siguientes apartes:

“[...] Frente a lo expuesto, es menester advertir que la citada jurisprudencia del Consejo de Estado pese a que tuvo como objetivo “[...] 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 [...]”, debe tenerse en cuenta que hizo un estudio de la naturaleza de ese emolumento, al precisar que “[...] 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 [...]”, por lo que comporta salario, entendido este como “[...] la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada [...]”, el cual está integrado por “[...] todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador [...]”.

“[...] Por lo anterior, esta Corporación si bien es cierto que abordó la prima de riesgo para su inclusión en la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen del DAS, también lo es que dedujo su carácter salarial, en razón a que es una retribución al trabajador por la prestación de sus servicios, que además la recibe de manera permanente y mensual, por lo tanto, comporta factor salarial para liquidación de prestaciones sociales (incluida la pensión)¹⁶.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la Sección Segunda) desconoció el precedente fijado por el Consejo de Estado respecto de la naturaleza salarial de la prima de riesgo pagada a los servidores del suprimido DAS, pues no resulta ajustada a derecho la interpretación que se hace en el entendido de que tal factor solo debe tenerse en cuenta en lo concerniente a aspectos pensionales, pero no frente a prestaciones sociales.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente con radicación N° 11001031500020140424900. C. P. Dra. María Elizabeth García González.

¹⁶En similar sentido se pronunció la Sección Primera de esta Corporación, en sentencia de tutela de 16 de abril de 2015, expediente 11001-03-15-000-2014-04249-00, M.P. María Elizabeth García González, al afirmar: “[...] si bien es cierto que la providencia en la que se fundamentó el ad quem en el fallo en censura, hacía referencia a un asunto de reliquidación pensional, también lo es que en la misma, la Alta Corporación Judicial fue precisa en establecer que dicha prima se constituye en factor salarial por haber sido percibida en forma constante como una retribución directa del trabajo [...]”.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.
A partir de tales prolegómenos, se concluye que las circunstancias propias del presente asunto satisfacen los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia del amparo constitucional, en razón a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda) desconoció el precedente contenido en la providencia de unificación de 1º de agosto de 2013 en relación con el carácter salarial que reviste la prima de riesgo, lo que quebranta los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso e igualdad de la actora [...]”.

5. Reformulación de la tesis y unificación de criterios por parte del Tribunal Administrativo del Cauca.

Es del caso señalar, que este Tribunal con fundamento en las anteriores posiciones jurisprudenciales ha resuelto asuntos con similitud fáctica, como la sentencia de 04 de octubre de 2018, dentro del radicado 19001-33-33-003-2014-00209-01, siendo demandante el señor José Arley Campo Inga; y la sentencia de 27 de septiembre de 2018, dentro del proceso radicado 19001-33-33-008-2014-00207-01, siendo demandante la señora Carolina del Carmen Cortés Villegas¹⁷; en las que se confirmó parcialmente la primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en providencia de 08 de noviembre de 2018, en el proceso con radicación 19001-33-31-003-2014-00205-01, el Tribunal Administrativo del Cauca, teniendo en cuenta que el H. Consejo de Estado, ha precisado que no existe un criterio unificado sobre la liquidación de prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, por cuanto no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, decidió replantear su posición.

La sentencia de tutela 28 de marzo de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado fue revocada posteriormente mediante fallo de 25 de enero de 2018¹⁸, de la Sección Cuarta, al considerar que no se configuraban las mismas circunstancias fácticas que se expusieron en la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013. En este último fallo concretamente se expuso lo siguiente:

“[...] Es evidente, pues, que las situaciones analizadas por la Sección Segunda de esta Corporación y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, carecen de analogía fáctica. Justamente por lo anterior, no era posible aplicar la consecuencia jurídica de la sentencia de 1º de agosto de 2013 (reconocer el carácter salarial de la prima de riesgo) a la señora Jeaneth Idaly Ospina Vallejo. De hecho, así lo entendió la autoridad judicial demandada, pues concluyó que la naturaleza salarial de la prima especial de riesgo no resulta aplicable para la liquidación de las prestaciones sociales de esos trabajadores. Ese entendimiento es razonable y no configura ningún vicio o defecto ni vulnera los derechos fundamentales invocados. En ese contexto, a juicio de la Sala, el tribunal demandado no desconoció el precedente fijado en la sentencia de 1º de agosto de 2013, que

¹⁷M.P: Carlos Leonel Buitrago Chávez

¹⁸ Sección Cuarta del Consejo de Estado, C.P: Julio Roberto Piza Rodríguez

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
estableció que la prima especial de riesgo del DAS goza de naturaleza salarial para calcular las pensiones.

Finalmente, teniendo en cuenta que la demandante alegó que la providencia cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente, porque no tuvo en cuenta el fallo de tutela del 16 de abril de 2015, dictado por la Sección Primera de esta Corporación, es pertinente precisar que, conforme con el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, es decir, que únicamente son obligatorias para quienes intervinieron en el respectivo trámite.

Por tal razón, la decisión invocada por la demandante no era precedente obligatorio para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, al resolver la controversia planteada por Jeaneth Idaly Ospina Vallejo contra el DAS y la Policía Nacional, pues las decisiones de tutela, que se dictan en casos concretos, no pueden variar el criterio de las autoridades de la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...].”

La anterior posición fue reiterada con la Sentencia del 08 de marzo de 2018, por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Conforme a lo expuesto, la Sala advierte que con la sentencia demandada no se desconoce la condición más favorable de la accionante o alguna otra prerrogativa contemplada en el artículo 53 superior ni las normas de orden internacional incorporadas al ordenamiento interno, que establecen el(sic)contemplan la naturaleza de salario, pues fue el mismo Legislador que le restó tal carácter a dicha prima, a través del Decreto 2646 de 1994 «por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad».

Ello, por cuanto, para la Sala no se pueden desconocer las restricciones de tipo legal que se le atribuyan a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habitual no son contemplados como factor salarial, pues ello hace parte de la potestad que recae sobre el Gobierno, Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior, de «[f]ijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública», en consonancia con la Ley 4ª de 1992.

6. Caso concreto.

La señora CLARA INÉS OSORIO HOYOS, estuvo vinculada al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 03 de mayo de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose como TÉCNICO 305-05 asignada a la Seccional Cauca¹⁹.

Las pretensiones de la demanda se enfocan a que previa inaplicación del artículo cuarto del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1996, se reconozca como factor salarial la prima de riesgo, porque su exclusión es violatoria del artículo 53 Superior.

¹⁹Certificación folio 26 Cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA

El fundamento de sus pretensiones radica en el concepto de salario estatuido en la ley y la jurisprudencia, resaltando la Sentencia de Unificación de 01 de agosto de 2013, que aduce que la citada prima fue cancelada a los funcionarios del DAS de forma habitual y periódica y como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían los empleados.

Ahora bien, como se ha resaltado ut supra, no existe actualmente un criterio unificado por parte del Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, en razón a que si bien la sentencia de unificación aludida por el actor, concluyó que la prima especial de riesgo si tiene el carácter de factor salarial, el análisis hecho fue respecto de unas circunstancias fácticas diferentes, toda vez que se trató de aspectos pensionales, mas no frente a prestaciones sociales del personal activo; por lo tanto no puede servir de fundamento en el presente asunto para acceder a las pretensiones de la demanda, como bien lo plantean las condenadas en el recurso de alzada.

Ahora, en cuanto a la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad del artículo cuarto del Decreto 2646 de 1996, es necesario significar que fue el mismo legislador quien estableció que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, lo cual, como explica la jurisprudencia, hace parte de la potestad legislativa que recae sobre el Congreso y el Gobierno Nacional, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, en consonancia con la Ley 4ª de 1992; como bien lo ha expresado la Corte Constitucional:

*“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”.*²⁰

A la par, es dable referenciar la sentencia de 18 de julio de 2018, dentro del radicado 47001233100020110007202 (2107-2015) emanada del Consejo de Estado, en la que se mantiene la postura de que es el legislador en virtud de su facultad, quien señala las pautas y criterios a los cuales se debe someter el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de manera que se guarda el espíritu de la ley:

“En lo pertinente a la solicitud del demandantes para que la prima especial que hace parte de la remuneración mensual que percibe se considere como factor salarial para efectos prestacionales y frente a la cual la Administración Judicial sostiene que los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 la crearon despojándola expresamente de carácter salarial, es preciso recordar que esta Sección de manera reiterada ha reafirmado que tanto la prima especial de servicio u la bonificación por compensación no son

²⁰ Sentencia C-279/96

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales, pero si es factor salarial para la liquidación de las pensiones de vejez e invalidez total o parcial”.

En este orden de ideas, esta Sala no encuentra que la exclusión por parte del legislador de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales de los empleados del extinto DAS, desconozca el artículo 53 Superior, ni las normas de orden internacional incorporadas al ordenamiento interno, que contemplan la naturaleza de salario²¹, y en consecuencia, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, razón más que suficiente para revocar la decisión de instancia.

7. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En razón a que se revocará la decisión de primer grado se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante. Fíjense por concepto de agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CPG, las agencias en derecho deberán liquidarse por el Juzgado de Origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición legal.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO.-REVOCAR la Sentencia No. 149 de 03 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte demandante en costas en ambas instancias, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

²¹Sentencia del 08 de marzo de 2018, por el Consejo de Estado, Consejero Ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00066-00(AC)

Expediente: 19001-33-31-004-2014-00215-01.
Demandante: CLARA INÉS OSORIO HOYOS.
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

JAIRO RESTREPO CÁCERES
con impedimento