

REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Funciones de dactiloscopia. Factores. Prima de riesgo. (SENTENCIA DE UNIFICACION) / REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD- Factores.Prima de clima. Prima de servicios.

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. 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 consideración a las razones que anteceden, la Sala adicionará la sentencia apelada en el entendido de que el ingreso base de liquidación, IBL, de la prestación pensional que viene percibiendo el demandante deberá tener en cuenta como factores salariales las primas de servicios, clima y especial de riesgo, toda vez que como quedó probado éstas fueron devengadas por el demandante durante el último años en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1978 / DECRETO 1047 DE 1978 / DECRETO LEY 1933 DE 1989 – ARTICULO 10 / DECRETO LEY 1933 DE 1989 – ARTICULO 18 / DECRETO 1137 DE 1999 / DECRETO 2646 DE 1994 / DECRETO 1835 DE 1994 – ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prima de riesgo como factor pensional en el Departamento Administrativo de Seguridad, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 10 de noviembre de 2010, Rad. 568-08, M.P., Gustavo Gómez Aranguren

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11)

Actor: HECTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 11 de agosto de 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de la Guajira, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por HÉCTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

ANTECEDENTES

Héctor Enrique Duque Blanco, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de la Guajira la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 016885 de 10 de junio de 2005, mediante la cual la Asesora de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, reliquidó parcialmente la pensión de jubilación que venía percibiendo, en su condición de ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.
2. Resolución No. 5128 de 22 de agosto de 2005, suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, por medio de la cual se resuelve un recuso de reposición formulado en contra de la Resolución No. 5128 de 2005, modificando su parte resolutive, al acceder a la reliquidación parcial de la citada prestación pensional

Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante solicitó que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, reliquidar la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, entre ellos, la asignación básica, prima de antigüedad, indemnización por vacaciones, prima técnica, bonificación especial por recreación, viáticos, prima de riesgo, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, de navidad y de servicios.

Que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, pagar las diferencias resultantes entre el monto pensional previsto en la Resolución No. 5128 de 2005 y lo establecido en la presente sentencia, esto, a partir del 15 de octubre de 2003.

Finalmente, solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.

Fundamenta las pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Héctor Enrique Duque Blanco prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, por más de 27 años.

Se sostuvo en la demanda que, el último empleo desempeñado por el demandante en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, fue el de Subdirector, de la Seccional Guajira, hasta el 15 de octubre de 2003.

Se indicó que, el actor adquirió su estatus pensional el 19 de enero de 1996, al haber cumplido el tiempo de servicio, único requisito exigido por el régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Se precisó que, reconocida la pensión de jubilación al actor, éste solicitó a la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, su reliquidación frente a lo cual, la referida Caja de Previsión mediante Resolución No. 16885 de 10 de junio de 2005, dispuso la reliquidación solicitada, sin tener en cuenta varios factores salariales entre ellos, las primas de riesgo, técnica, clima, vacaciones navidad y servicios, así como la bonificación especial por recreación y la indemnización por vacaciones.

Se señaló que el demandante formuló recurso de reposición en contra de la Resolución No. 16885 de 2005, el cual fue resuelto por la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, a través de la Resolución No. 5128 de 22 de agosto de 2005, accediendo a la reliquidación parcial de la pensión que venía devengando.

Se sostuvo, que no obstante la reliquidación ordenada por la Caja Nacional de Previsión, CAJANAL, sobre la pensión del demandante, no fueron tenidos en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios, esto es, entre el 13 de octubre de 2002 y el 14 de octubre de 2003.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 25, 53 y 58.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 21 y 147.

De la Ley 4 de 1966, el artículo 4.

La Ley 33 de 1985.

La Ley 62 de 1985.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 36, 140 y 288.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 27.

Del Decreto 1848 de 1969, el artículo 73.

Del Decreto 1045 de 1978, el artículo 45.

Del Decreto 1047 de 1978, el artículo 1.

Del Decreto 1933 de 1989, los artículos 1, 4, 10 y 18.

El Decreto 1158 de 1994.

Del Decreto 1835 de 1994, el artículo 4.

El Decreto 2527 de 2000.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, incurre en un error al afirmar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los regímenes pensionales especiales, entre ellos, el del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, desaparecieron toda vez que,

precisó la parte demandante, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permitía que quienes reunían los requisitos exigidos en el mismo, a saber, 35 o 40 años de edad, según el caso, o 15 años de servicio, pudieran obtener una prestación pensional de acuerdo con la normatividad vigente con anterioridad a su entrada en vigencia.

Se argumentó que, el demandante se encontraba vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994, por el cual se catalogó como actividades de alto riesgo las desempeñadas por los detectives del referido Departamento Administrativo lo que, adicionalmente, hacía posible aplicarles el régimen pensional especial previsto en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

Finalmente, se sostuvo que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, al expedir los actos acusados desconoció el régimen pensional especial previsto a favor de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al afirmar que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del demandante, eran los previstos en el Decreto 1158 de 1994, esto es, los aplicables al Régimen General de Seguridad Social en Pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, contestó la presente demanda con los siguientes argumentos (fls. 113 a 126):

Precisó, en primer lugar que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo, las primas de servicios, navidad y vacaciones no pueden ser tenidas en cuenta como factor salarial toda vez que, de acuerdo con las citadas normas no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador por parte de su empleador, tal como sucede en el caso concreto.

Manifestó que, el hecho de incluir las primas de servicios, navidad y vacaciones como factores salariales computables al momento de liquidar la pensión del actor, no sólo contraría lo previsto en las normas antes referidas, sino que afecta el equilibrio del sistema pensional, en tanto hace más oneroso el reconocimiento de una prestación a favor del demandante.

Precisó que, la forma de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, para los beneficiarios del régimen de transición está establecida en el inciso 3 de la Ley 100 de 1993, de tal manera que si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaren menos de 10 años al interesado para adquirir su estatus pensional, el referido ingreso se determinará por el promedio de lo devengado en el tiempo que le restara para alcanzar dicho estatus.

Bajo estos supuestos, sostuvo que la pensión liquidada y reconocida a favor del demandante sólo tuvo en cuenta los factores sobre los que realizó aportes durante el tiempo que permaneció vinculado como empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1998, en la que enfatizó la necesidad garantizar la sostenibilidad del sistema pensional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante sentencia de 11 de agosto de 2010 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen (fls. 165 a 182, cuaderno No.1):

Argumentó, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a través de su régimen de transición, se mantuvieron a salvo los derechos adquiridos de los trabajadores que venían vinculados a la administración, con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, precisó el Tribunal, que el legislador concibió la existencia de un régimen especial, Decreto 1835 de 1994, para aquellos servidores que desempeñaran actividades de alto riesgo, régimen que exigía menores requisitos para acceder al reconocimiento de una prestación pensional.

Sostuvo que, el Decreto 1933 de 1989, por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, dispuso taxativamente los factores a tener en cuenta para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de una prestación pensional, por lo que, precisó el Tribunal, resultaba inaceptable el argumento de la demandada de acudir a las normas del Código Sustantivo del Trabajo para establecer dichos factores salariales, existiendo una norma especial que los contemplaba.

Argumentó que, de acuerdo con la certificación suscrita por el pagador de la Dirección Seccional Guajira del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, visible a folios 33 y 35 del expediente, el demandante durante el último año de servicios 2002 y 2003 devengó como factores salariales: **la asignación mensual, incremento de antigüedad; prima técnica; de navidad; de vacaciones; bonificación por servicios;** factores que a juicio del Tribunal debieron ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del señor Héctor Enrique Duque Blanco.

Y, finalmente, en relación con la prima de riesgo, sostuvo la sentencia apelada que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 estableció de manera expresa que dicha prestación no constituía factor salarial, para efectos de la liquidación de una prestación pensional, por lo que, concluyó el Tribunal, la misma no debía ser incluida en el ingreso base de liquidación de la pensión que venía percibiendo el actor.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fl. 184 a 191, cuaderno No. 1):

Sostuvo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta que al señor Héctor Enrique Duque Blanco le faltaba 1 año y 10 meses para alcanzar su estatus pensional, el ingreso base de liquidación, IBL, de su pensión debía calcularse con la totalidad de los factores salariales devengados en este tiempo, incluyendo **las primas de riesgo, servicios y clima,** los cuales no se tuvieron en cuenta para efectos de establecer el referido ingreso base de liquidación.

Precisó que, el Tribunal incurrió en un yerro al omitir la inclusión de la prima de servicios en la base de liquidación de la pensión del demandante toda vez que, de la certificación allegada al expediente resulta claro que esta fue pagada en el mes de julio de 2002, por valor de \$ 1.843.220 pesos.

Agregó que, de no prosperar la tesis antes expuesta se solicitaba que se ordenara el reconocimiento de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios prestados, con efectividad a partir del 16 de octubre de 2003 y no desde el 1 de noviembre de 2003 como se sostuvo inicialmente.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción declarada por el Tribunal sobre las diferencias reconocidas manifestó la parte demandante que el término prescriptivo se debe contar, tres años hacia atrás, a partir del 14 de marzo de 2006, toda vez que fue en esa fecha que acudió ante la jurisdicción para formular su reclamo en concreto, esto es, al demandar los actos administrativos que le negaron el reajuste de la pensión que venía percibiendo como ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

2. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con los siguientes argumentos (fl. 235 a 244, cuaderno No. 1):

Sostuvo que, contrario a lo afirmado por el Tribunal no era posible liquidar la pensión del demandante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por éste toda vez que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, no registra aportes sobre factores como prima de vacaciones, de navidad y los auxilios de transporte y alimentación.

Argumentó que, no hay duda del derecho que le asiste al demandante a percibir una pensión de jubilación en su condición de ex funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, teniendo en cuenta para ello el régimen especial previsto en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. Sin embargo, precisó la parte demandada, que en lo concerniente a la liquidación y pago de la referida prestación pensional se debe tener en cuenta lo preceptuado por la Ley 100 de 1993.

Manifestó que, aceptar la tesis propuesta por el actor, esto es mantener invariable los regímenes especiales, se estaría frente a una multiplicidad de regímenes con características particulares, en torno al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el cual sostuvo la parte demandada, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debe ser uno sólo.

Indicó que, incurre el Tribunal en un error al asimilar los conceptos de ingreso base de liquidación y monto, toda vez que, el primero de ellos hace alusión al promedio actualizable del ingreso de un trabajador durante un período de tiempo, sobre el cual se realizaron los aportes o cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias derivadas de la vejez; a diferencia del segundo de ellos, que se refiere al porcentaje variable aplicado sobre el ingreso base de liquidación para determinar la cuantía pensional.

Sostuvo que, en vigencia de las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, le correspondía al empleador efectuar los aportes a la respectiva caja de previsión social con el fin de que una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, el empleado pudiera gozar de una prestación pensional, cuyo único fin era amparar las contingencias derivadas de la edad y la imposibilidad de seguir laborado, circunstancia que a juicio de la parte demandada no se observó en el caso concreto del señor Héctor Enrique Duque Blanco.

Concluyó que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo, no era posible computar las primas de servicios, navidad y

vacaciones como factores salariales al momento de liquidar la pensión del señor Héctor Enrique Duque Blanco, toda vez que éstas obedecen a asumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibía de parte del empleador.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de su retiro del servicio, teniendo en cuenta el régimen pensional especial previsto a favor de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS¹.

I. De la actuación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento y reliquidación de una pensión de jubilación.

Observa la Sala que el 6 de marzo de 1997 el señor Héctor Enrique Duque Blanco solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, en su condición de empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS (fl. 15).

El 23 de diciembre de 1997, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Resolución No. 025852 ordenó el reconocimiento y pago de una prestación pensional a favor del demandante, a partir del 1 de enero de 1997, en cuantía de \$ 355.069.90 pesos (fls. 16 a 19).

Para mayor ilustración se transcriben los apartes más relevantes de la referida Resolución No. 025852 de 1997:

“Que el (a) señor (a) Duque Blanco Héctor Enrique, identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 19.255.924 de Bogotá, solicita a esta entidad el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia por vejez radicada bajo el No. 2377 de fecha 06 de marzo de 1997.

Que el peticionario prestó los siguientes servicios al Estado:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS
<i>Departamento Admon. 7541 de Seguridad.</i>	<i>20/01/76</i>		<i>30/12/96</i>

Que laboró un total de: 7541 días.

*Que nació el 2 de abril de 1953 y cuenta con más de 43 años de edad.
(...)*

Que adquirió el estatus jurídico el 19 de enero de 1996.

Que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 1 año 9 meses 19 días. Conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional. Entre el 1 de abril de 1994 y el 19 de enero de 1996. Así:

¹ Mediante el artículo 1 del Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011 el Presidente de la República ordenó la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

FACTORES ACTUALIZADO		VALOR
94 - Asignación Básica	22.59	\$ 306.091.00
Bonificación Servic. Prest		\$15.875.11
Prima de Antigüedad		<u>\$ 10.539.00</u>
(Promedio mensual de 270 días)		\$ 332.505.11 \$
202.647.07		
95- Asignación Básica	19.50	\$ 361.188.00
Bonificación Servic. Prest		\$15.567.67
Prima de Antigüedad		<u>\$ 12.436.00</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 389.191.67 \$
257.981.90		
96- Asignación Básica		\$ 422.587.77
Prima de Antigüedad		<u>\$ 14.549.92</u>
(Promedio mensual de 19 días)		\$ 437.137.69 \$
12.797.56		
		TOTAL: 473.426.53

Pensión: (\$473.426.53 x 75%) = \$ 355.069.90.”.

El 9 de agosto de 2004 el demandante solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, la reliquidación de la pensión que venía percibiendo teniendo en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos la prima de riesgo. Frente a lo anterior, la entidad demandada, mediante escrito radicado bajo el número 31629-2004, le informó que su solicitud de reliquidación sería *“resuelta dentro del término legal previsto por la Ley 797 de 2003, esto es cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que se efectuó la solicitud (...).”* (fl. 39).

Con el argumento de no haber obtenido respuesta a su petición de reliquidación, el demandante interpuso acción de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, la cual fue resuelta, por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de mayo de 2005, tutelando su derecho fundamental de petición y, en consecuencia, ordenando a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, a que se pronunciara en el término de 48 horas sobre la referida petición (fls. 53 a 58).

La Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Resolución No. 016885 de 10 de junio de 2005, dispuso la reliquidación de la pensión del demandante *“(...) elevando su cuantía a \$1.485.219.47 pesos, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2003(...).”* en los siguientes términos (fls. 62 a 67):

“Que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio devengado entre el 01 de abril de 1994 hasta el 30 de diciembre de 1996, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sentencia 1658 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional.

Que por lo tanto la reliquidación de su pensión se debe efectuar con el 75 % del promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de octubre de 2003 último salario aportado, así:

FACTORES	MENSUAL (...)	PROMEDIO
1994 - Asignación Básica	22.59	\$ 306.091.00
Bonificación Servic. Prest		\$15.875.11
Prima de Antigüedad		<u>\$ 10.539.00</u>
(Promedio mensual de 270 días)		\$ 332.505.11 \$
202.647.07		
1995- Asignación Básica	19.50	\$ 361.188.00
Bonificación Servic. Prest		\$15.567.67
Prima de Antigüedad		<u>\$ 12.436.00</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 389.191.67 \$
257.981.90		
1996- Asignación Básica		\$ 422.587.77
Prima de Antigüedad		<u>\$ 14.549.92</u>
(Promedio mensual de 19 días)		\$ 437.137.69 \$
12.797.56		
		TOTAL: 473.426.53
1997- Asignación Básica		\$ 686.560.67
Bonificación Serv. Pres.		\$21.476.67
Bonificación por Compens.		\$50.000.67
Prima de Antigüedad		<u>\$ 14.549.92</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 758.038.01
1998- Asignación Básica		\$ 1.350.583.00
Prima Técnica		\$ 390.716.00
Bonificación Serv. Pres.		<u>\$56,274.33</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 1.797.573.33
1999- Asignación Básica		\$ 1.496.557.42
Prima Técnica		\$ 437.602.00
Bonificación Serv. Pres.		<u>\$61696.08</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 1.995.855.50
2000- Asignación Básica		\$ 1.840.481.92
Prima Técnica		\$ 437.602.00
Bonificación Serv. Pres.		<u>\$ 61.696.08</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 2.339.780.00
2001- Asignación Básica		\$ 1.625.286.75
Prima Técnica		\$ 482.971.17
Bonificación Serv. Pres.		<u>\$ 66.387.83</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$ 2.174.645.75
2002- Asignación Básica		\$
1.662.776.00		
Prima Técnica		\$ 41.569.42
Bonificación Serv. Pres.		\$ 69.282.33
Incrementos por Antigüedad		<u>\$ 25.733.00</u>
(Promedio mensual de 360 días)		\$
1.799.360.75		

2003- Asignación Básica		\$
1.766.848.70		
Prima Técnica	\$ 87.179.40	
Bonificación Serv. Pres.	\$ 26.948.00	
Incrementos por Antigüedad	<u>\$ 23.300.67</u>	
(Promedio mensual de 360 días)		\$
1.904.312.77		
Total:	\$ 1.980.292.62	
Pensión: (\$1.980.292.62 x 75%) = \$ 1.485.219.47.”		

Contra la anterior decisión el demandante formuló recurso de reposición solicitando la reliquidación de su pensión en un monto equivalente al 85% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio. El 22 de agosto de 2005, mediante Resolución No. 5128, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, dispuso la reliquidación parcial de la prestación pensional que venía devengando el demandante, con inclusión de la prima técnica y de antigüedad, devengadas en el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo del servicio, con los siguientes argumentos (fls. 68 a 75 y 79 a 85):

“Sin embargo observa este despacho que con ocasión del recurso de reposición, el apoderado anexa nuevos certificados por la Pagadora de la Seccional DAS Guajira donde se está certificando el pago al señor Héctor Enrique Duque Blanco de los retroactivos a la asignación básica, a la prima técnica y a la prima de antigüedad cancelados con posterioridad al retiro definitivo del servicio pero devengados en el último año de servicios, motivo suficiente para que se proceda a efectuar una nueva liquidación de la pensión de vejez al señor Héctor Enrique Duque Blanco, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de octubre de 2003 y con la inclusión de los retroactivos de conformidad con la liquidación anexa, la cual hace parte integral de la presente Resolución.

En consecuencia de lo anterior, valor de la pensión reliquidada es de un millón quinientos dieciocho mil seiscientos treinta pesos con 46/100 M/CTE (\$1.518.630.46). Efectiva a partir del 01 de noviembre de 2003.”

II. Del régimen pensional especial de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1978², el Presidente de la República, mediante Decreto 1047 de 1978, adoptó el régimen de pensión vitalicia de jubilación para quienes desempeñaban funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las

² “Por el (sic) cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal.”

dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.

ARTICULO 2o. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.

ARTÍCULO 3o. Para los fines del presente Decreto se entiende por dactiloscopista el empleado público que en forma permanente y continua, recoge, analiza, interpreta, confronta y clasifica huellas digitales con fines investigativos o de identificación, o desarrolla cualesquiera de las diferentes actividades técnicas que deben cumplir los dactiloscopistas en su condición de miembros de la Policía Judicial y como auxiliares de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público en la investigación de hechos delictivos.(...).”

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto Ley 1933 de 1989, estableció el régimen prestacional especial de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, regulando en su artículo 10 todo lo concerniente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes del artículo 10 ibídem:

“Artículo 10º Pensión de Jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto – ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones.”

Estima la Sala relevante señalar que el mismo Decreto Ley 1933 de 1989 en su artículo 18 estableció los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, IBL, de la pensión de jubilación prevista en su artículo 10, entre los que se encontraban los incrementos por antigüedad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicio; el subsidio de alimentación; el auxilio de transporte; la prima de navidad; los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio y la prima de vacaciones, entre otros.

Para mayor ilustración se transcribe el referido artículo 18:

“ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) La prima de navidad;
- h) Los gastos de representación;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;
- j) La prima de vacaciones.”

Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir de la expedición del Decreto 1047 de 1978, el legislador extraordinario, estableció un régimen pensional especial a favor de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que desempeñaban las funciones de dactiloscopistas, exigiendo como requisitos para el reconocimiento de una prestación pensional vitalicia de jubilación 20 años de servicios continuos o discontinuos y, adicionalmente, haber aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento Administrativo.

Así mismo, se reitera que con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1933 de 1989, reguló en forma detallada lo concerniente al régimen pensional de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al señalar, en primer lugar, i) que las normas generales sobre pensiones de jubilación previstas para los empleados de la administración pública en el orden nacional resultaban aplicables a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS., y, en segundo lugar, ii) que para el caso de los dactiloscopistas en los cargos de detectives agentes o especializados, y detectives en general le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1047 de 1978, previendo en todo caso en su artículo 18 los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, IBL, de la pensión de jubilación prevista en su artículo 10.

III. De la prima de riesgo de los empleados del Departamento de Seguridad, DAS.

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:

³ Que no estén asignados a tareas administrativas.

“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 Departamento Administrativo de Seguridad⁴”*, 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 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”

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.

Así se puede observar en la sentencia de 18 de agosto de 2005. Rad. 782-2004⁵, en la cual se sostuvo que:

“En cuanto a la inclusión de la prima de riesgo como factor para la liquidación pensional, la Sala observa:

El Decreto 2646 de 1994 estableció la prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad y, en su artículo 1, consagró: “Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente,

⁴ Al respecto, estableció el artículo 5º que: *“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.”*

⁵ Al respecto puede verse la sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 25000232500020031688, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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 estas condiciones los empleados de la entidad tienen derecho a dicha prima con carácter permanente, equivalente al 35% de su asignación básica mensual.

Sin embargo no es posible incluirla como factor salarial para efectos del reconocimiento pensional porque no lo es, conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que prescribe: “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 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”.

En estas condiciones a la libelista le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada incluyendo como factores salariales la prima de servicios, navidad y vacaciones devengadas por la actora según la certificación expedida por la Secretaría General Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS (fl.77), con exclusión de la prima de riesgo.”.

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 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.***

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.”.

(...)

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

En consecuencia se modificara 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 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 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 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.

Así las cosas, dado que el presente litigio supera los requisitos de procedibilidad enunciados con anterioridad y se observa la configuración de un defecto de fondo, como lo es el desconocimiento del precedente judicial y violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos, parcialmente, la Sentencia de 7 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Luis Fernando Cobo López contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. en Liquidación, con el objeto de que se pronuncie nuevamente sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor determinante de la base de liquidación pensional, atendiendo, además, a los supuestos específicos del caso sometido a su consideración.”.

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.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación⁸, 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.

Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, sostuvo:

⁸ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

“(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una *relación de equivalencia de valores prestacionales*⁹, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y 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 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

⁹Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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 Riesgo¹¹.”*

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

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.

IV. Del caso concreto

Sostiene la parte demandante en el recurso de apelación que el Tribunal no ordenó la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de

¹⁰ *“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).”

¹¹ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

Seguridad, DAS, para efectos de liquidar la prestación pensional que viene percibiendo.

Por su parte, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, señaló en su escrito de impugnación que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la pensión de jubilación que viene percibiendo el demandante debió ser liquidada de conformidad con el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, esto es, lo previsto en la Ley 100 de 1993, y decretos reglamentarios, y no conforme un régimen especial, que contempla como factores salariales prestaciones sobre las cuales el señor Héctor Enrique Duque Blanco no efectuó cotización alguna.

Sobre el particular, advierte la Sala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempló un régimen de transición según el cual, las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad para las mujeres o 40 años de edad para los hombres, tendrían derecho a que se les reconociera una pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios cotizados y monto de la pensión consagrados en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1o de abril de 1994.

Para el caso concreto, el señor Héctor Enrique Duque Blanco resultaba beneficiario del referido régimen de transición, toda vez que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, contaba con más de 26 años de servicios al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si se tiene en cuenta que ingresó a laborar a esa institución a partir del 20 de enero de 1976, según se advierte en la certificación laboral visible a folio 26, del cuaderno No. 1 del expediente.

No obstante lo anterior, el Decreto 1835 de 1994 que estableció que las actividades de alto riesgo para los servidores públicos, en su artículo 2º. preceptúa:

“ARTICULO 2. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS:

Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.”.

Y adicionalmente, estableció un régimen de transición especial para dichos servidores que estuvieran vinculados antes de su vigencia ¹², señalando en su artículo 4º:

“Artículo 4º. Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en el numeral 1º del Art. 2º de este decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las

¹² El Decreto 1835 fue publicado en el Diario oficial No. 41.473 del 4 de agosto de 1994.

normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993
(subrayado de la Sala).

De esta manera, los servidores a los cuales se aplica dicha norma quedan sometidos al régimen anterior que en lo pertinente establecen los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. Lo anterior, porque en tanto una norma “especial” con fuerza de ley regula este aspecto pensional para el personal señalado, no es posible recurrir a otras disposiciones de carácter “general” que también regulan factores pensionales, salvo situación especial que se pueda presentar y que deba ser analizada en concreto.

De lo anterior se colige que al personal de detectives que estuvieran vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 se les debe respetar los derechos establecidos en las normas vigentes anteriores a la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no hay duda de que la norma aplicable al caso *sub examine* es el Decreto Ley 1933 de 28 de agosto de 1989 “*Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.*”.

En este orden de ideas, la Sala reitera que los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 establecieron un régimen especial de pensiones para los empleados vinculados al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los términos precisos de su contenido respecto al tiempo de servicios, esto es 20 años, sin consideración a la edad y teniendo en cuenta que, por mandato expreso del citado artículo 18 del Decreto 1933, los factores salariales para liquidar dicha prestación pensional.

Y, a su turno como quedó visto en precedencia los Decretos 1137 y 2646 de 1994 establecieron una prima especial de riesgo a favor de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, sin que tuviera el carácter de factor salarial.

En efecto, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las pensiones de jubilación de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, beneficiarios del régimen pensional especial no obstante ello la Sala, para el caso concreto, estima conveniente inaplicar la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4¹³ de la Constitución Política, toda vez, que su aplicación a la situación particular del señor Héctor Enrique Duque Blanco vulneraría su derecho a la igualdad frente a los casos en los que la Sala, en atención a la interpretación expuesta en el acápite que antecede, ha considerado que la prima especial de riesgo si tiene el carácter de factor salarial, constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional.

¹³ “ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. “.

En este punto la Sala no pasa por alto, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴ ha sostenido que el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa puede establecer los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar una prestación pensional de forma amplia, esto es, mediante la inclusión y exclusión de unos y otros, sin que ello constituya una vulneración de los derechos prestacionales de los trabajadores. Empero, reitera el Despacho que sustancia la presente causa que, la aplicación del supuesto previsto en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, al caso concreto, vulneraría el derecho a la igualdad del demandante lo que hace necesario su inaplicación en los términos antes expuestos.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la certificación visible a folio 26 del expediente según la cual el señor Héctor Enrique Duque Blanco, prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, del 20 de enero de 1976 al 15 de octubre de 2003, como detective, esto es, durante 27 años y 8 meses, no hay duda que a su situación particular le resultaba aplicable el régimen pensional previsto en el Decreto 1933 de 1989, teniendo derecho en consecuencia a una prestación pensional en cuantía equivalente al 75% de los factores salariales legales devengados en el último año de servicios, por disposición del artículo 10 *ibídem*, esto es, durante el período comprendido entre el 15 de octubre de 2002 y el 15 de octubre de 2003.

Bajo este supuesto, y advirtiendo que según las certificaciones expedidas por el Grupo Administrativo, Financiero y de Talento Humano del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, visibles a folios 33 y 35 del expediente, el señor Héctor Enrique Duque Blanco en el último año de servicio devengó como factores salariales: *“asignación básica; incremento por antigüedad; **prima especial de riesgo; prima técnica; prima especial de servicios y navidad; bonificación por servicios; prima de vacaciones; prima de instalación y prima de clima.**”*, debe decirse que le asiste la razón a la parte demandante en cuanto afirma que tanto la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, como el Tribunal en la sentencia apelada omitieron incluir como factor salarial computable en el ingreso base de liquidación, IBL, de la prestación pensional que viene percibiendo: la prima de servicios, de clima y especial de riesgo, toda vez que, como quedó visto, si fueron devengadas por éste durante el último años en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En consideración a las razones que anteceden, la Sala adicionará la sentencia apelada en el entendido de que el ingreso base de liquidación, IBL, de la prestación pensional que viene percibiendo el demandante deberá tener en cuenta como factores salariales **las primas de servicios, clima y especial de riesgo**, toda vez que como quedó probado éstas fueron devengadas por el demandante durante el último años en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. (fls. 33 y 35).

Finalmente, en cuanto al argumento de la parte demandada en relación con los aportes, la Sala de manera consistente ha sostenido que la liquidación de una prestación pensional debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de

¹⁴ Sentencia C- 279 de 1996.

descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes¹⁵.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹⁶, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

En relación con el término de prescripción de las diferencias a que hay lugar, producto de la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo el demandante, dirá la Sala que contrario lo afirmado por el Tribunal la petición formulada por el señor Héctor Enrique Duque Blanco, tendiente a obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, fue radicada ante la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, el 9 de agosto de 2004, razón por la cual de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, hay lugar a decretar la prescripción sobre las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en esta providencia, con anterioridad al 9 de agosto de 2001 (fl. 39).

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará parcialmente la providencia impugnada que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

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

FALLA

CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 11 de agosto de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por HÉCTOR ENRIQUE DUQUE

¹⁵ En tal sentido puede consultarse la sentencia de 29 de abril de 2004 expedida en el proceso radicado No. 2287-03 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹⁶ Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

BLANCO contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL., con las siguientes adiciones:

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, que los factores devengados por el señor Héctor Enrique Duque Blanco, durante el último año de servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, entre ellos, **las primas de servicios, clima y especial de riesgo**, deben ser incluidos en la base salarial de la pensión de jubilación que viene percibiendo, tal como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de que hay lugar a decretar la prescripción sobre las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en esta providencia, con anterioridad al 9 de agosto de 2001, tal como se expresó en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, que las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A.

RECONÓCESE personería al abogado Diego Fernando Londoño Cabrera como apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, en los términos y para los fines previstos en el poder obrante a folio 312 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE
GÓMEZ ARANGUREN**

GUSTAVO EDUARDO

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
VARGAS RINCÓN**

ALFONSO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

