

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : Cotización Prima de Riesgo DAS
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2021 00127 00**
Demandante : JUAN CARLOS VALENCIA LAITON
Demandado : FIDUPREVISORA S.A. en condición de vocera del
PATRIMONIO AUTÓNOMO PUBLICO PAP FIDUPREVISORA
S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO DAS Y SU FONDO ROTATORIO

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor JUAN CARLOS VALENCIA LAITON, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.206.688 de Bucaramanga (Santander), por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **FIDUPREVISORA S.A. en condición de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO PUBLICO PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DAS Y SU FONDO ROTATORIO**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones:

“Primero. Declárese la nulidad del oficio radicado nro. 20200992539651 del 14 de septiembre de 2020, suscrito por ÉRIKA SÁNCHEZ MONROY, Coordinadora Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio, recibido por el suscrito apoderado a través de correo electrónico el 21 de septiembre de 2020.

Segundo. Como consecuencia de la declaración de nulidad del anterior acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, condénese a Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio que realice el pago a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP o a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, según sea el caso, de los aportes que debía realizar el empleador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de que trata el parágrafo 4º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003,

correspondientes al señor Juan Carlos Valencia Laiton, asumiendo además el valor que en su momento le correspondía al demandante como trabajador, en atención a las disposiciones del inciso 2° del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, dentro de los siguientes extremos temporales: 01 de enero de 2004 y 30 de mayo de 2009.

Tercero. *Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.*

Cuarto. *Sean pagadas las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso”.*

1.2. Relación Fáctica:

Como sustento fáctico relacionó los siguientes:

- El señor Juan Carlos Valencia Laiton trabajo como servidor público al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 16 de octubre de 1984 y el 30 de mayo de 2009, ocupando diferentes cargos de detective del DAS y a partir de la vigencia del Decreto 2646 de 1994 comenzó a percibir la prima de riesgo mensualmente.

- A través de la Resolución Nro. AMB 10602 del 11 de marzo de 2008 la extinta Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez al demandante con el promedio de los últimos diez (10) años de cotización, teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

-Por medio de derecho de petición de 24 de julio de 2020 el accionante solicitó al Archivo General de la Nación que certificara si el DAS había realizado el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de que trata el parágrafo 4° del artículo 2° de la ley 860 de 2003 en relación con la prima de riesgo, percibida mensualmente.

-El Archivo General de la Nación a través de oficio No. 2-2020-06707 del 19 de agosto de 2020, dio respuesta a la petición indicando que el DAS no había realizado el pago de los aportes referidos a la prima de riesgo, percibida mensualmente.

-El 28 de agosto de 2020 el demandante radicó ante la Fiduprevisora S.A. en condición de vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. del extinto Departamento Administrativo DAS derecho de petición con el fin de que se efectuaran los pagos totales (empleador y trabajador) de las cotizaciones para pensión que sobre la prima de riesgo, entre otros.

-Mediante Oficio No. 20200992539651 del 14 de septiembre de 2020 la Coordinadora Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio negó lo solicitado por el actor.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora considera que las disposiciones legales violadas son:

- Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política de Colombia.
- Artículos 17, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.
- Artículo 9° del Decreto 1303 de 2014.

Indicó que la decisión de la entidad demandada en negar el pago de los aportes para pensión sobre la prima de riesgo que le corresponde al demandante, no le permite mejorar sus condiciones económicas y en ese sentido vulnera los derechos fundamentales del actor, pues está coartando el derecho que tiene del disfrute de su pensión adquirida con el trabajo durante 22 años, en donde realizó actividades de exposición a alto riesgo que le correspondían por haber sido servidor público y haber percibido mensualmente dicha prima de riesgo.

Sostuvo que la entidad accionada viola las disposiciones contenidas en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 según la cual dispone que el empleador es el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores, que debe realizar los descuentos y pagar las cotizaciones de ley en los plazos legales. Adicionalmente indica que el empleador será responsable por la totalidad del aporte cuando no hubiese realizado los descuentos al trabajador; empero la entidad desconoce palmariamente sin ninguna justificación su deber legal sin un sustento válido.

Aseguró que el acto administrativo demandado está incurso en la causal de falsa motivación por cuanto la entidad demandada omitió tener en cuenta el hecho que en efecto el demandante laboró al servicio del DAS, que los aportes que ordena la Ley 860 de 2003 no fueron materializados y que ello es culpa del empleador; sin tener justificación alguna y que a pesar de poder arreglar dicho yerro no lo hizo sin tener en cuenta lo dispuesto por la ley; así como de tener una interpretación errada de los hechos reales que cobijaban el caso particular.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 12 de febrero de 2021, la Fiduprevisora S.A. en condición de vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo DAS y su Fondo Rotatorio contestó la demanda en la que se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Sostuvo que la parte actora no aportó la carga probatoria con la cual pudiera demostrar una presunta responsabilidad del extinto departamento administrativo de seguridad DAS por una supuesta indebida liquidación prestacional, al omitir la liquidación de la prima especial de riesgo, que según el accionante tiene derecho sin tener en cuenta que el Decreto ley 4057 del 31 de octubre de 2011 expedido por el presidente de la República de Colombia, dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS y que sus funciones fueron trasladadas a otras entidades.

Adujo que el artículo 238° de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, autorizó la creación de un Patrimonio Autónomo administrado por FIDUPREVISORA S.A., para la atención de procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales, en las cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-. y/o su fondo rotatorio y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

De tal suerte que la naturaleza de las obligaciones de la FIDUPREVISORA S.A se limita la administración de los recursos fidecomitados a fin de realizar los pagos a que hubiere lugar hasta concurrencia de los mismos, atención de procesos judiciales, entre otros, sin que en ningún momento la fiduciaria asuma la calidad de empleador, parte, sustituta, representante legal, o subrogataria, de las obligaciones que tenía a su cargo el Departamento Administrativo de Defensa DAS, pues las situaciones inherentes a la relación del extinto DAS y sus usuarios o exfuncionarios se agotaron con la supresión de dicha entidad y se escapan del resorte de esta sociedad fiduciaria.

Finalmente propuso como excepciones previas las de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda y caducidad.

3. Convoca a sentencia anticipada

Mediante auto del 24 de septiembre de 2021, se indicó que en atención a que las partes no solicitaron la práctica de pruebas y solicitaron se tuvieran en cuenta las pruebas aportadas en la demanda y sus contestaciones, se dispuso:

1. Convocar a sentencia anticipada.
2. Otorgar valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por las partes.
3. Fijar el litigio en los siguientes términos: *“la legalidad del oficio No. 20200992539651 del 14 de septiembre de 2020, suscrito por la Coordinadora de la Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, por medio del cual se negó el pago de las cotizaciones para pensión del demandante sobre la prima de riesgo. Asimismo, determinar si el accionante tiene derecho o no a que la entidad demandada realice el pago a la UGPP o Colpensiones, de los aportes que debía realizar el empleador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, -sobre la prima de riesgo -de que trata el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003 a su nombre, asumiendo además el valor que en su momento le correspondía al demandante como trabajador, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2004 y el 30 de mayo de 2009”.*
4. Se corrió traslado por el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

4. Alegatos de conclusión.

4.1 El apoderado de la **parte demandante** ratificó la argumentación fáctica y jurídica de la demanda e indicó que cada uno de los hechos narrados en la demanda tuvieron el respectivo soporte documental que acreditó cada uno de estos, pruebas documentales que no fueron desconocidas ni tachadas de falsas en la contestación de la demanda.

Insistió en que la empleadora del demandante el DAS, no descontó ni pagó los aportes pensionales que sobre la prima de riesgo debía realizar en atención a las disposiciones del parágrafo 4º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003.

4.2 La **entidad demanda** presentó su escrito de alegaciones finales ratificando los argumentos de la contestación de la demanda y señalando que el acto acusado debe mantenerse incólume, pues expresamente los Decretos 1137 y 2646 de 1994 consideraron de manera expresa que la prima de riesgo no

constituye factor salarial; y el Consejo de Estado solo se ha referido a la prima de riesgo como factor salarial, exclusiva y excluyentemente, para liquidar la pensión de jubilación y no con el alcance que le pretende otorgar la parte actora.

Adujo que el Consejo de Estado ha considerado que la prima de riesgo es factor salarial; no obstante, debe aclararse que tal situación lo refirió única, exclusiva y excluyentemente en relación con la liquidación de la pensión de jubilación, pero de manera alguna lo extendió a la forma como debe liquidarse para el evento pretendido por la parte actora, prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Corresponde así al Despacho determinar si al demandante le asiste derecho o no a que la entidad demandada realice el pago a la UGPP o Colpensiones, de los aportes que debía realizar el empleador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, -sobre la prima de riesgo -de que trata el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003 a su nombre, asumiendo además el valor que en su momento le correspondía al demandante como trabajador, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2004 y el 30 de mayo de 2009.

3. Acto Administrativo Demandado

En el presente caso se controvierte la legalidad del **Oficio No. 20200992539651 del 14 de septiembre de 2020**, suscrito por la Coordinadora Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la cotización en pensión de la prima de riesgo del demandante.

4. De las Excepciones propuestas por la entidad demandada.

A través de proveído de 25 de junio de 2021 el Despacho resolvió las excepciones previas denominadas indebido agotamiento del requisito de procedibilidad e inepta demanda, e indicó que respecto de las demás excepciones por no estar

enumeradas en el artículo 100 del Código General del Proceso serian estudiadas al momento de dictar el respectivo fallo.

4.1. Legitimación en la causa por pasiva.

La apoderada de la entidad demandada propuso la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, por considerar que si bien es cierto el empleador oficial del demandante era el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), cabe resaltar que PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, no es ni ha sido su liquidador de manera que, su relación con la entidad extinta se limita única y exclusivamente como administrador Fiduciario con ocasión a la constitución de un Patrimonio Autónomo administrado y representado por la Fiduciaria La previsora S.A., en la que se transfieren los recursos monetarios destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad y actividades propias de PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio.

Frente a este punto el Despacho advierte desde ya que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad en tanto, el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, «*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018*», regula:

«Artículo 238. Atención de procesos judiciales y reclamaciones administrativas del extinto DAS y constitución de fiducia mercantil. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7º y 9º del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil.»

En esa medida, es la Fiduciaria La Previsora S.A. quien cuenta con las facultades legales para atender y responder por los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio y en ese sentido, se encuentra legitimada para conocer del asunto bajo estudio.

Ahora bien, el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente doctor William Hernández Gómez (Proceso No. 08001-23-33-000-2013-00610-01(0886-15)), en sentencia de 23 de enero de 2020, sostuvo que:

“De acuerdo con lo anterior, la subsección concluye que por expresa disposición legal la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo constituido para la defensa de la entidad extinguida es la sucesora procesal del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad y, en consecuencia, tiene legitimación en la causa por pasiva para conocer de los procesos que no guardan relación con aquellas funciones trasladadas a otras entidades de la Rama Ejecutiva, motivo por el que se requiere su vinculación a la presente controversia.”

Así las cosas, esta excepción no está llamada a prosperar en la medida en que la Fiduciaria La Previsora S.A. si cuenta con las facultades legales y reglamentarias para responder por la defensa de la entidad extinguida es la sucesora procesal del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad-DAS.

4.2. Caducidad de la acción.

Advierte la parte demandada que los conceptos reclamados por parte del demandante no se pueden considerar prestaciones periódicas que lo habiliten para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante que dejaron de pagarse, con ocasión de su retiro de la entidad, esto es el 01 de junio de 2009, perdieron cualquier eventual connotación de periodicidad, por lo cual y teniendo en cuenta que la demanda fue radicada hasta el 28 de septiembre de 2020 no hay lugar a duda a que se configuró la caducidad de la acción.

Al respecto, encuentra el Despacho que el asunto objeto de controversia se suscita en determinar si la prima de riesgo es factor salarial para efectuar cotizaciones en pensión, y como quiera que esta última es una prestación periódica no es objeto de estudio respecto del fenómeno de la caducidad; sin perjuicio de que las omisiones como las falencias en el pago de aportes al sistema de pensiones pueden ser reclamadas por el interesado en cualquier tiempo, incluso después de reconocido el derecho, situación que ha sido reiterativa por las Altas Cortes.

Frente a ello, el honorable Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha sostenido lo siguiente:

“dado el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos pensionales (como los discutidos en este caso), y en atención al carácter fundamental de los derechos vinculados a las controversias concernientes a los extremos esenciales de la seguridad social, los actos que niegan prestaciones periódicas no se encuentran

sujetos a la regla de caducidad que impone su demanda dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación”¹

En ese sentido, la excepción de caducidad no prospera y se niega.

5. Marco normativo

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco jurídico aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta.

5.1. Del régimen Prestacional de los Detectives del DAS.

Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., para efectos de prestaciones sociales se regían por lo estipulado en el **Decreto 1933 de 1989**, que a la letra dice:

“Art. 1º: Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad DAS tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades públicas del orden nacional en los decretos 3135 de 1.968; 1848 de 1.969; 1045 de 1.978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que adicionan, modifican, reforman o contemplan y, además, a las que este decreto establece”

Seguidamente se establece en el artículo 10 de la mencionada norma:

“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 dactiloscopista en los cargos de Detectives, Agente Profesional Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto al Régimen de Pensión vitalicia de jubilación por el Decreto 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de Detectives en sus distintos grados y denominaciones”. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 18 de éste Decreto constituye la norma que consagra los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación de un ex funcionario del DAS, y señala:

“ARTICULO 18. Factores para la liquidación de cesantía 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) Bonificación por servicios prestados.*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Proceso No. 76001 2331 000 2008 00342 01 (2203-10)), en sentencia de 17 de agosto de 2011.

- d) *La prima de servicios.*
- 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.*
- j) *La prima de vacaciones.”*

De esta manera queda claro que efectivamente existe un régimen especial en materia de prestaciones sociales para los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.-, pues como se observa, hay una regulación particular en cuanto a edad, tiempo de servicio, monto y factores.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en su artículo 140 establece una pensión especial para las actividades de alto riesgo de los servidores públicos de conformidad con la Ley 4° de 1992, pensión esta que está reglamentada por el **Decreto 1835 de 1994** en sus artículos 2° y 4°, en la cual se concluye que los servidores que estuviesen vinculados a la entidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, se regirían por las normas vigentes con anterioridad a esta.

Al respecto el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, preceptúa:

“ARTICULO 140. Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.”

Por su parte, los artículos 2° y 4° del Decreto 1835 de 1994, por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, consagran:

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

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS: Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente. (...)

*Artículo 4°. Régimen de transición. **Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en el numeral 1° del artículo 2° 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 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 normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.** (Subraya y negrilla fuera de texto)*

5.2. De la prima de riesgo de los detectives del DAS.

Ahora bien, en cuanto a la prima de riesgo es preciso indicar que el Decreto 1933 de 1989 contempló en su artículo 4 una prima de riesgo en las siguientes condiciones:

«Artículo 4. Prima de riesgo. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica. Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público.»

Luego, el Decreto 1137 de 1994 previó la prima de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, así:

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

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

Finalmente, tanto el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 como el Decreto 1137 de 1994 fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994, de la siguiente manera:

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

Artículo 2o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

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

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

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

Artículo 5o. *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994.»*
(Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, y de las normas antes mencionadas se puede concluir que para los empleados del DAS se dispuso expresamente que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Sin embargo, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia de unificación de 01 de agosto de 2013 (Proceso No. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11)) indicó que, respecto de la prima de riesgo para los detectives del DAS, esta misma si se tendría en cuenta como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, es decir, le dio la connotación de factor salarial a la prima de riesgo, no obstante solo lo hizo en materia pensional al considerar que la misma hace parte de la contraprestación directa a que tenían derecho por sus servicios prestados en los diferentes cargos de la entidad, según lo previsto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994.

Al respecto es preciso resaltar:

“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 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 Riesgo.”.

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.” (Resaltado fuera del texto).

Conforme a la jurisprudencia antes citada, es preciso concluir que la prima de riesgo frente a los detectives del DAS si es un factor salarial que debe tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación o vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional.

5.3. Del cobro de los factores salariales no cotizados por el empleador.

En cuanto a las cotizaciones que debió efectuar el empleador frente a los factores salariales objeto de cotizaciones a pensión la Ley 100 de 1993 ha dispuesto:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

ARTÍCULO 23. SANCIÓN MORATORIA. *Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.*

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”*

Es decir que, el empleador está obligado a efectuar las cotizaciones a pensión de los trabajadores que tiene a su cargo y que, en todo caso, de no realizarlo en debida forma, responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Asimismo, la norma dispuso una sanción moratoria si en tal caso no se efectúa las cotizaciones en el término dispuesto para ello y quien deberá hacer ese cobro de las cotizaciones no efectuadas será las entidades administradoras de los diferentes regímenes.

Frente a este último postulado, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido que *“el empleador al no afiliar o incumplir con el pago de las respectivas cotizaciones desconoce su obligación legal y reglamentaria, al igual que vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del trabajador, el cual no puede verse afectado por una obligación que incumple quien lo contrata, máxime cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, conforme con lo dispuesto antes en el Acuerdo 049 de 1990 y luego en la Ley 100 de 1993, pueden iniciar el cobro ejecutivo por los incumplimientos legales en los que incurran los empleadores, como por ejemplo ante la omisión en la afiliación y/o la omisión en el pago de aportes a la seguridad social de sus trabajadores, lo cual está regulado como una obligación general de los empleadores”².*

6. Caso concreto.

En el presente caso, advierte el Despacho que a través de la Resolución No. 10602 de 11 de marzo de 2008 la extinta Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. hoy Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez al demandante, teniendo en cuenta para el efecto el promedio de los últimos diez años de cotización con los factores salariales de asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de riesgo para los años 2003, 2004 y 2005.

No obstante, el demandante pretende que la PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio realice el pago de las cotizaciones a pensión respecto del factor salarial denominado prima de riesgo, según el cual

² Corte Constitucional, sentencia de Tutela T-064 de 26 de febrero de 2018.

fue percibido mensualmente desde el año 1994 y sobre el cual debió efectuarse sus cotizaciones desde ese mismo año, hasta el 01 de junio de 2009 que fue aceptada su renuncia.

De acuerdo con lo manifestado en líneas anteriores, para el Despacho no hay duda que la prima de riesgo si es un factor salarial determinante para liquidar y pagar la pensión de jubilación y vejez frente a los detectives que laboraron al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS; por lo que, si en su momento el empleador no efectuó las cotizaciones por los años correspondientes, es preciso ordenar su pago.

Así las cosas, del material probatorio obrante en el expediente se puede deducir que el señor Juan Carlos Valencia Laiton laboró al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 16 de octubre de 1984 hasta el 01 de junio de 2009, siendo nombrado en el Cargo de Detective del DAS 4115-03 en la planta de Investigadores.

Es decir que, el demandante desde que inició a prestar sus servicios al DAS siempre tuvo la calidad de detective de la institución; además, de las certificaciones laborales que obran en el expediente digital (folios 48 a 58 Documento 2) puede observarse que desde el año 1994 hasta el año 2009 (fecha de retiro) percibió mensualmente el factor salarial denominad prima de riesgo.

En razón a lo anterior, no queda duda para el Despacho que el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS debió cotizar para pensión del demandante, el factor denominado prima de riesgo por cuanto fue percibido mensualmente, no solo para los años 2003, 2004 y 2005, sino desde la fecha en que empezó a percibirse dicho emolumento.

De tal manera que, al omitirse las cotizaciones a pensión de la prima de riesgo es procedente ordenar su pago a la Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP quien reconoció la pensión del actor, para que a su vez esta misma realice los trámites internos pertinentes.

Es de aclarar que conforme lo establece el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, por haber sido una omisión del empleador, este tendrá a su cargo el pago total de la obligación respecto de las cotizaciones a pensión de la prima de riesgo del señor Juan Carlos Valencia Laiton desde el año 1994 hasta el 01 de junio de 2009 fecha de retiro de la institución.

De acuerdo con lo anterior, las pretensiones están llamadas a prosperar en tanto se desvirtuó la legalidad del acto administrativo que lo amparaba y en su lugar, se ordenará restablecer el derecho del demandante en el sentido de ordenar que la entidad demandada realice el pago de las cotizaciones a pensión faltantes respecto de la prima de riesgo percibida mensualmente por el actor.

Ésta providencia deberá cumplirse en los términos previstos en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y se ordenará pagar los intereses en los términos establecidos en esa misma normatividad.

7. Costas

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida por parte de la parte demandada y que los argumentos de la defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. DECLARAR probada las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “Caducidad” propuestas por la entidad demandada, por las razones antes dichas.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la Fiduprevisora S.A. en condición de vocera del Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. del extinto Departamento Administrativo DAS, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. **20200992539651 del 14 de septiembre de 2020**, suscrito por la Coordinadora Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la cotización en pensión de la prima de riesgo del señor Juan Carlos Valencia Laiton.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **FIDUPREVISORA S.A. en condición de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO PÚBLICO PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO**

ADMINISTRATIVO DAS Y SU FONDO ROTATORIO, a efectuar el pago completo y a su cargo de las cotizaciones a pensión faltantes frente a la prima de riesgo (cotizaciones de empleador y trabajador) percibida por el señor **JUAN CARLOS VALENCIA LAITON**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.206.688 de Bucaramanga (Santander), desde el año de 1994 hasta el 01 de junio de 2009, fecha de aceptación de renuncia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados y previas las anotaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

³ anielospitia@hotmail.com / jucavala70@hotmail.com y jucavala50@gmail.com / notjudicial@fiduprevisora.com.co / papextintodas@fiduprevisora.com.co / rarvict@hotmail.com / noti.riverosvictoriaabo@gmail.com

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martinez
Juez
Juzgado Administrativo
054
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **10dcd87a577ebcd61ab74ca760845dfe4ac1349e9728c88318aa2f09dcf02029**

Documento generado en 03/05/2022 04:50:39 PM

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