JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

RADICACIÓN Nº	*11001-3335-012-2014-00222-00*
ACCION:	***ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO***
DEMANDANTE:	***BLANCA YALILE VASQUEZ GOMEZ***
DEMANDADO:	***AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO -*** *SUCESOR PROCESAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (Entidad Suprimida)* ***y el PAP FIDUPREVISORA***

ACTA 283 -17
AUDIENCIA INICIAL
ART 180 DE LA LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los dieciocho (18) días del mes de julio de 2018 siendo las once y once (11:11 a.m.) de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la ***Sala 39*** *del Complejo Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin.*

INTERVINIENTES

Parte demandante*: Dr. WILLBER FABIÁN VILLALOBOS de conformidad con el poder allegado a la diligencia, se reconoce personería.*

Parte demandada Fiduprevisora y ANDJE: *Dra. SANDRA VIVIANA MÉNDEZ QUEVEDO*

Ministerio Público: *Se deja constancia que el representante no asiste a la audiencia.*

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. *Saneamiento del Proceso*
2. *Fijación del Litigio*
3. *Conciliación*
4. *Decreto de Pruebas*
5. *Alegaciones*
6. *fallo*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de ***saneamiento del proceso****, para tal efecto se concede el uso*

de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear.

Sin embargo el Despacho debe precisar que en audiencia del 5 de julio de 2017 (fl.102) se agotó las etapa de decisión de excepciones previas, la Fiduprevisora interpuso recurso de apelación contra la decisión de la excepción de "Falta de Legitimación en la Causa por pasiva" motivo por el cual se remitió el expediente al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien con auto del 24 de enero de 2018 (fl.112) resolvió la apelación estableciendo que el sucesor procesal es la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, no obstante el pago de una eventual condena puede hacerse a través del Patrimonio Autónomo de remanentes del Extinto DAS administrado por la Fiduprevisora, por lo que estableció que debe continuar vinculada al proceso.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA II: FIJACION DEL LITIGIO

- *Consta en el expediente que la señora BLANCA YALILE VASQUEZ GOMEZ prestó sus servicios en el DAS, en el cargo de CRIMINALISTICO TECNICO 210-10 asignado al Nivel Central – Bogotá, desde el 1º de abril de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2011, y durante su permanencia en la entidad devengó la prima de riesgo, luego de la extinción de esta entidad fue incorporada en la Fiscalia General (Fl.10 y 67).*

- *La demandante solicitó mediante petición del* ***1º de noviembre de 2013*** *que la prima de riesgo, - contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y que recibió durante su vinculación en el DAS-,* ***fuera considerada salario****, y como tal se incluyera para la liquidación de primas y prestaciones sociales - Primas de navidad, bonificación por servicios prestados, primas de vacaciones, de servicios, de antigüedad, las vacaciones, cesantías y demás emolumentos devengados- (Fl. 2).*

- *El Departamento Administrativo de Seguridad (En supresión), mediante "Oficio E-2310,18-201321177 de 28 de noviembre de 2013 (fl.4)" da respuesta a las petición formulada, negando lo solicitado bajo el argumento que la prima de riesgo no constituye factor salarial, según las normas que la crean y reglamentan. (Decreto 1933 de 1989, Decreto 132 de 1994, Decreto 1137 de 1994 y demás normas concordantes). Esta respuesta fue notificada el 13 de diciembre de 2013.*

- *La demandante a través de apoderado radicó ante la Procuraduría No. 147 para asuntos administrativos solicitud de conciliación el 27 de enero de 2014, la cual se llevó a cabo el 27 de marzo del mismo año declarándose fallida (Fl. 5-7)*

- *El H. Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve con radicación 44001-2331-000-2008-00150-01 profirió el 01 de agosto de 2013 sentencia de unificación sobre la prima de riesgo y dispuso que corresponde a un factor salarial y como tal debe ser incluida en la liquidación de la pensión.*

Se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que se pronunciaron frente a la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advirtió que el litigio consiste en ***determinar si la prima de riesgo puede ser considerada como parte del salario*** *para la liquidación las otras primas y prestaciones sociales devengadas por la actora durante el tiempo que estuvo vinculada en el extinto DAS.*

ETAPA III: CONCILIACIÓN

El apoderado de la parte demandante manifiesta que no le asiste animo conciliatorio.

En consecuencia se declara fallida la conciliación.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA IV: DECRETO DE PRUEBAS

Tener como pruebas los documentos allegados al expediente en la demanda y la contestación.

Se advierte a la partes que por tratarse de un asunto de mero derecho no se requiere práctica de pruebas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA V: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A continuación, se corre traslado a las partes para que presente alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA VI: PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que le sean reliquidados los haberes salariales y prestacionales que le fueron pagados mientras estuvo vinculada en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS – entidad liquidada) teniendo en cuenta para el efecto la "prima de riesgo" como parte integrante del salario.

Para resolver se tendrán en cuenta los siguientes problemas juridicos asociados:

- *Cuál es el alcance y aplicación que en la actualidad tiene la frase del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, que señala: "**la prima especial de riesgo no constituye factor salarial**", frente a la decision del H. Consejo de Estado proferida en el proceso 2008-00150. Es procedente declarar su inaplicacion por inconstitucional al contrariar el*

articulo 53 Constitucional[1]*; o por el contrario, corresponde respetar la libertad de configuración legislativa, en cuyo ejercicio no se le confirió carácter salarial.*

- *Consecuentemente, ¿Puede considerarse la prima de Riesgo como parte de la retribución directa por el servicio, y de ser así, cuales prestaciones sociales pueden ser reliquidadas por esta causa?*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Ahora bien, para resolver los problemas jurídicos planteados es preciso acotar que el Decreto 1933 de 1989 ([2]*), y el Decreto 1137 de 1994 (*[3]*), que regularon la prima de riesgo, fueron derogados expresamente por el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994. Este último la consagró nuevamente y reiteró que no constituye factor salarial.*

El Decreto 2646 de 1994 ([4]*) dispone:*

> *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 Administratrivo 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.*

---

[1] Constitución Política: Artículo 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., , El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales., , Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna., , La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

[2] ***Decreto 1933 de 1989*** *"Artículo 1.- 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 2.- 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 el 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 3.- 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 4.- 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"*

[3] ***Decreto 1137 DE 1994*** *(junio 02), por el cual se crea una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.* ***Artículo 1°*** *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 2°, 3°, y 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994.*

[4] **Decreto 2646 de 1994(** Noviembre 29) DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS, por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992.

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. ,

El legislador en el Decreto 2646 de 1994, otorgó la prima de riesgo a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad DAS y expresó: "**tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter, permanente...**", frase que coincide con el concepto de salario señalado por la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado[5] en su jurisprudencia. Pero, en el mismo artículo se indicó en la parte final: "**La prima que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial**", éstos enunciados han causado dificultad para establecer su naturaleza.

Durante el periodo 2007 – 2008 algunas secciones del Consejo de Estado negaban las pretensiones con fundamento en la frase: *"no constituye factor salarial"*, destacando la libertad de configuración legislativa[6], mientras que otras secciones de la alta corporación accedían dando un efecto útil al enunciado: *"tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter, permanente..."* y un estudio jurisprudencial sobre el concepto de salario.[7]

Esta controversia entre las salas finalizó con la **Sentencia de Unificación de 1º de agosto de 2013 (2008-00150** [8]), donde se realizó un estudio sobre la prima de riesgo citando los apartes pertinentes del Decreto 1137 de 1994, y 2646 del mismo año y un recuento de algunas sentencias que negaron y accedieron a las pretensiones en casos similares. Al expresar los motivos que la llevaron a justificar el cambio de posición, sostuvo el superior que pasó de una lectura literal de la norma a una interpretación favorable sobre factores que integran el ingreso base de liquidación pensional.

Dada la importancia que tiene la sentencia de unificación para sustentar la presente sentencia se transcribe *"in extenso"* el estudio pertinente.

> ***"III. De la prima de riesgo de los empleados del Departamento de Seguridad, DAS.***
> *(...)*
> *La tesis expuesta en precedencia (-se refiere a las providencias que negaron la inclusión de la prima de riesgo para liquidar la pensión-) 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 tesis*[9] *mayoritaria de la Sala de Sección respecto* ***a la interpretación favorable de las***

---

[5] *Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002*

[6] ***Ejemplos de Sentencias que consideraron que la prima de riesgo no constituye factor salarial para reliquidar la pensión.*** *verse:* ***Sentencia de 4 de Octubre de 2007****. Expediente No. 25000232500020031688, M.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez., Y - Consejo De Estado, , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá, D.C., Dieciocho (18) de agosto de dos mil cinco (2005) - Radicación Número: 25000-23-25-000-2001-12163-01(782-04), , Actor: Blanca Cecilia Pulido Vásquez --- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, , Bogotá, D.C., Veintisiete (27) De Abril De Dos Mil Seis (2006).- Radicación Número: 25000-23-25-000-2002-13484-01(3688-04), Actor: María Teresa De Jesús Londoño De González, , Demandado: Caja Nacional De Previsión Social.*

[7] ***Ejemplos de Sentencias que consideraron la prima de riesgo como factor salarial para reliquidar la pensión*** *CONSEJO DE ESTADO ,SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, , SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B", , Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, , Bogotá, D.C., agosto tres (3) de dos mil seis (2006)., , Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09539-01(4788-05), , Actor: ALVARO GOMEZ CASTRO, , Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, CONSEJO DE ESTADO, , SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, , SECCION SEGUNDA, , Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA , , Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de de dos mil siete (2007), , Radicación número: 25000-23-25-000-2002-03847-01(3110-05), , Actor: MIGUEL ANTONIO CALDERON PAEZ, , Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.*

[8] *SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 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: Héctor Enrique Duque Blanco.*

[9] 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.

***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 los dispuesto en el artículo 73[10] 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.*
> *(...)*
> *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 hiciere 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 la 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*

---

[10] "ARTICULO 73. CUANTIA DE LA PENSIÓN. 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.".

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 Corporación[11]*, 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:

> *"(...) 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[12]*, 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 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.

---

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

[12] Ver sentencia C-521de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991[13] 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[14]" 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. (****Subraya, mayúsculas negrilla y*** *(-se refiere a las providencias que negaron la inclusión de la prima de riesgo para liquidar la pensión-)* ***agregadas por el Despacho***

En este punto, diferenciamos el problema jurídico asumido por el H. Consejo de Estado en el proceso 00150 -2008 y el que nos ocupa en el presente asunto.

- *En la sentencia de unificación se estableció que la prima de riesgo se debe incluir como factor para liquidar la pensión.*

- *En el presente caso, se pretende que se incluya la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales devengadas EN ACTIVIDAD.*

Lo anterior, muestra que la sentencia de unificación no es un precedente, pues aunque se estudiaron las mismas normas, su objeto es diferente al que nos ocupa.

Así las cosas, se proseguirá con el estudio del Decreto 1933 de 1989 ([15]), que establece el régimen prestacional de los empleados del DAS, con miras a establecer cómo se liquidan las prestaciones cuya reliquidación se pretende.

El Decreto 1933 de 1989, dispone:

ARTÍCULO 1o. NORMA GENERAL. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3o. y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

---

[13] *"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. (...)."

[14] Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

[15] *DECRETO 1933 DE 1989, (agosto 28), Diario Oficial No. 38.955 de 28 de Agosto de 1989, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS. Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento, Administrativo de Seguridad.. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 43 de 1988, DECRETA: CAPÍTULO I., PRESTACIONES COMUNES.*

De manera que para los servidores del extinto DAS, el servicio fue retribuido además de la asignación básica, con las prestaciones sociales de orden general y las especificas señaladas en este decreto.

En el siguiente cuadro se enlistan estas últimas junto con la forma de liquidación.

PRIMA DE ORDEN PUBLICO.	*Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que presten sus servicios permanentemente en zonas del país afectadas por graves alteraciones del orden público, tendrán derecho a percibir una prima mensual de orden público equivalente al* ***diez por ciento (10%) de su asignación básica****. El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante resoluciones refrendadas por el Ministro de Gobierno, determinará las zonas del país afectadas por esas graves alteraciones y la fecha de iniciación del pago de la prima, así como la de cesación del mismo pago. (DECRETO 1933 DE 1989 art 2)*
PRIMA DE CLIMA	*Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad radicados en forma permanente en poblaciones o lugares cuyo clima o condiciones ambientales puedan deteriorar su salud física, tendrán derecho al reconocimiento y pago de una prima mensual de clima* ***equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.*** *El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante resoluciones refrendadas por el Ministro de Salud, señalará las poblaciones o lugares a que se refiere el inciso anterior y la fecha de iniciación del pago de la prima, así como la de cesación del mismo pago. (DECRETO 1933 DE 1989 art 2)*
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 (DECRETO 1933 DE 1989 art 4)*
PRIMA DE INSTALACION	*Los empleados del Departamento Administrativo de, Seguridad cuando por razones del servicio sean trasladados o destinados con carácter permanente, a un lugar del país diferente de su sede habitual de los últimos seis meses y, por tanto, tengan que, trasladar a su cónyuge o compañero (a) permanente, hijos y padres que dependan económicamente, de ellos a su nuevo lugar de trabajo tendrán derecho a percibir una prima de instalación equivalente,* ***a treinta (30) días de su asignación básica mensual.*** *Los empleados que no trasladen su familia solo, tendrán derecho a percibir como prima de instalación, diez (10) días de su asignación básica, mensual. (DECRETO 1933 DE 1989 art 5)*
BONIFICACION POR COMISION DE ESTUDIO.	*Los empleados del Departamento, Administrativo de Seguridad que deban cumplir comisión de estudios en el exterior tendrán derecho****, a percibir una bonificación diaria en dólares hasta por el diez por ciento (10%) de su asignación, básica diaria, a razón de un dólar por cada cinco (5) pesos y durante el tiempo de duración de la, comisión****., Las comisiones previstas en este artículo no dan lugar al reconocimiento y pago de viáticos., (DECRETO 1933 DE 1989 art 7)*
BONIFICACION POR COMISION ESPECIAL DE SERVICIO	*Los empleados del, Departamento Administrativo de Seguridad que deban cumplir comisiones especiales de servicio,* ***fuera del país tendrán derecho a percibir una bonificación mensual en dólares o proporcional al, tiempo de la comisión, hasta por el quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual a, razón de un dólar por cada cinco pesos ($ 5).*** *Esta comisión especial no da lugar al reconocimiento y pago de viáticos.,*
VACACIONES	*Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, tendrán derecho a* ***veinte (20) días hábiles de vacaciones por cada año de servicio.,*** *(DECRETO 1933 DE 1989 art 7)*
PRIMA DE VACACIONES	*Los empleados del Departamento Administrativo de, Seguridad, tendrán derecho a una prima de vacaciones* ***equivalente a veinte (20) días de salario por, cada año de servicio****(DECRETO 1933 DE 1989 art 8)*

En el cuadro anterior, se advierte que las denominadas primas especiales del régimen del DAS: (orden público, clima, riesgo, instalación y bonificación de estudio) el legislador dispuso que se liquidarán con la asignación básica, mientras que otras como la ***prima de vacaciones*** *se liquida con el salario.*

En la siguiente tabla, se indican los factores previstos por el legislador en el Decreto 1933 de 1989 para liquidar las prestaciones sociales en el DAS

FACTORES PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD.	*Para el reconocimiento y, pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento, Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta 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) La prima de vacaciones;,* *f) El subsidio de alimentación;,* *g) El auxilio de transporte;,* *h) Los gastos de representación (DECRETO 1933 DE 1989 art 16)*
FACTORES PARA LIQUIDAR VACACIONES PRIMA DE VACACIONES.	*Para, efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de, vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta, los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el, disfrute de aquéllas:,* *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) Los gastos de representación (DECRETO 1933 DE 1989 art 17)*
PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.	*FACTORES Para efectos, del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren 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.*
FACTORES PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES.	*Para determinar el valor de, los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por, enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de, 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de, Seguridad, se tendrán en cuenta 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 vacaciones;,* *h) Los gastos de representación.,*

Fuente: Decreto 1933 de 1989

Del análisis del cuadro anterior, queda claro que para los servidores del antiguo DAS la liquidación de la prima de navidad, de vacaciones y las cesantías además de la asignación básica, incluyen otros factores que constituyen salario.

Se pregunta el Despacho entonces: - ¿Al definir el H. Consejo de Estado en la sentencia de Unificación el carácter salarial de la prima de riesgo es posible incluirla como un factor para liquidar las prestaciones, en vista que no se liquidan únicamente con la asignación básica?

132

Para abordar la respuesta a la pregunta planteada el Despacho resaltará algunos apartes de las consideraciones de la sentencia de unificación, en el estudió que realizó sobre la prima de riesgo, transcrita en su totalidad en líneas anteriores:

premisa	*Aparte de la sentencia SU 150 de 2008*
Aplicación del principio de primacía de la realidad	*"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**." negrilla por el Despacho.*
La prima de riesgo cuenta con las características de salario	*"Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, **a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario,** entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana." negrilla por el Despacho.*
Hace parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS	*"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" negrilla por el Despacho.*
El propio legislador le confirió carácter periódico y permanente	*"Y, en segundo lugar, porque **las mismas disposiciones** (se refiere al Decreto 1933 de 1989, 1137 y 2646 de 1994) 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[16]" negrilla y contenido entre el paréntesis adicionados por el Despacho.*

Fuente: Sentencia de unificación proceso 00150 de 2008

Del estudio de la sentencia de unificación del año 2013 (Proceso 00150-2008), concluye el Despacho que la prima de riesgo cuenta con las características de salario y como tal sí procede para liquidar las prestaciones junto con los demás factores.

Por otra parte, este Despacho al estudiar las normas que regularon el régimen de personal de los servidores del DAS, que tras su supresión, fueron incorporados en entidades receptoras, en relación con la prima de riesgo encontró el inciso tercero del artículo séptimo de Decreto 4057 de 2011([17]) que dispuso:

> *Artículo 7°. Régimen de personal. ..."*
> *(...)*
> *Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior **al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.***
> *(...)*

Nótese que el legislador como fórmula para compensar el nuevo salario, si este fuere inferior al devengado en el DAS antes de su extinción, integró la "asignación básica y la prima de riesgo" bajo un solo concepto, de lo que se entiende que ambas

---

[16] Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.
[17] DECRETO 4057 DE 2011, . (Octubre 31). , Reglamentado por el Decreto Nacional 1303 de 2014., , Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones. , EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,. , en ejercicio de las facultades que le confieren los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

corresponden a remuneración directa por el servicio. Dicho en otras palabras el legislador reconoce que la prima de riesgo y la asignación comparten idéntica naturaleza al punto que pueden ser compensadas si la nueva asignación básica en la entidad receptora resulta inferior.

Resta anotar que el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsecciones C y E ha confirmado la tesis del Despacho ([18]).

De dichos pronunciamientos jurisprudenciales se destaca el siguiente aparte:

> *En ese orden de ideas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala Considera que en aquellos casos en que los exempleados del DAS devengaron la prima de riesgo,* ***es procedente inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 en cuanto dispone que no constituye factor salarial, por ser contrario a los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, consagrados en el artículo 53 de la Carta.*** *También es contrario al artículo 1 del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario (que hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución), al decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relativas al salario.*
> *Como consecuencia de la inaplicación del artículo 4o del decreto 2646 de 1994 y bajo la égida de los principios constitucionales de favorabilidad laboral y condición más beneficiosa para el trabajador,* ***es procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de la exempleada del DAS con la inclusión del factor salarial prima de riesgo****, si se tiene en cuenta que los decretos 1933 de 1989 y 1045 de 1978 no consagran un listado taxativos de factores salariales de liquidación, claro está, sin perjuicio de la prescripción trienal de que tratan los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.[19] Subraya y negrilla por el Despacho*

De todo lo expuesto se concluye que la PRIMA DE RIESGO puede ser incluida como un factor para liquidar prestaciones salariales porque los Decretos 1933 de 1989, 1137 y 2646 de 1994 le confirieron a esta prestación carácter periódico y permanente de manera expresa; porque el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación concluyó que debe prevalecer el principio de primacía de realidad, aunque se le denomine "prima" lo cierto es que hace parte de la contraprestación directa del servicio; y porque el legislador al establecer el régimen salarial de los trabajadores del extinto DAS incorporados en entidades receptoras integró la prima de riesgo y la asignación básica bajo un sólo concepto, reconociendo así su idéntica naturaleza.

Las razones expuestas llevan a inaplicar por inconstitucional[20] el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994[21], por resultar en flagrante oposición con el artículo 53 de la Constitución Política al desconocer el carácter salarial de un emolumento que

---

[18] H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección C. Magistrado Ponente Dr. Carlos Alberto Orlando Jaquiel de 21de febrero de 2018 11001 3335 012 2014 00186 01; Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra expediente 2014-00090 14 de diciembre de 2017.

[19] H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Magistrado Ponente: Luz Myriam Espejo Rodríguez de 21 de marzo de 2018 11001-3335-012-2014-00183-01

[20] **H. CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencia No. T-614/92, SALA PRIMERA DE REVISION, quince (15) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)., Magistrado Ponente:, Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, , , Ref.: Expediente T-4716, , Acción de Tutela instaurada por JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO en cuanto a la aplicación del artículo 28 de la Ley 05 de 1992 (Reglamento del Congreso)., "Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles., , Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento., , El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí"., , En el sentido jurídico que aquí busca relievarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe., De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.

[21] Nota: Sobre la inaplicación por inconstitucionalidad el artículo 4 de la Constitución Política señala que en caso entre "incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra noma jurídica, se aplicarán las disposiciones Constitucionales"

cuenta con todos los elementos y características para ser considerado parte de la retribución directa por el servicio.

CASO CONCRETO.

La parte demandante solicita la reliquidación de las primas de servicio, de vacaciones, de navidad cesantías e intereses y vacaciones por cuanto no fue incluida la prima de riesgo como integrante del salario. En sede administrativa el DAS negó tal solicitud, argumentando que según el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994[22] la prima de riesgo no constituye factor salarial.

En la presente Demanda se solicita la inaplicación de este artículo, bajo la tesis que la prima de riesgo constituye salario porque se recibe mensualmente como retribución al servicio.

Por su parte, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO y la FIDUCIARIA LA PREVISORA (fl.65)[23] se oponen a la tesis de la parte demandante pues consideran que el legislador cuenta con la potestad para establecer cuándo determinada prestación no constituye salario, citan la posición jurisprudencial que considera aplicable[24].

De acuerdo con las consideraciones expuestas en párrafos anteriores, corresponde inaplicar por inconstitucional el parágrafo 4 del artículo 3 del Decreto 2646 de 1994, y consecuentemente la PRIMA DE RIESGO debe ser incluida como un factor para liquidar prestaciones salariales devengadas por la actora durante su vinculación con el extinto DAS.

En el caso sub examine, se demostró que la señora ***BLANCA YALILE VÁSQUEZ GÓMEZ se desempeñó en el DAS*** *desde el 01 de abril de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2011, su último cargo fue el de Criminalístico Técnico 210-10, según certificación expedida por la Subdirectora de Talento Humano (fl.10). Adicionalmente, se aportaron los reportes de nómina 2008-2011 en los que consta que* ***la demandante percibió prima de riesgo de manera mensual*** *(fl.13-14)*

Además, se acreditó que durante este lapso la señora Vásquez Gómez recibió como contraprestación de su servicio:

- *Asignación básica –*
- *Bonificación por servicios (*)*
- *Prima de servicios*
- *Prima de vacaciones*
- *Prima de navidad*
- *Cesantías e intereses*
- *Sueldo por Vacaciones*
- *Indemnización (vacaciones en dinero proporcional)*
- *Bonificación por recreación (*)*
- *Bono extraordinario Decreto 1483 de 2008 (*)*

---

[22] **DECRETO 2646 DE 1994**, (Noviembre 29), DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS, por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los, empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, **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.

[23] la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO (fl.77) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA (fl.78) otorgaron poder a la Dra. Sandra Viviana Méndez para contestar la demanda, quien lo hizo en un solo escrito obrante de folio 65-76

[24] H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca 11 de febrero de 2016. 11001-3335-030-2014-001034-01

Sin embargo, no es posible incluir la prima de riesgo para liquidar aquellas prestaciones en las que el legislador dispuso que su ***liquidación se realice únicamente con la asignación básica****, o con* ***una suma fija****, a saber:*

- *La* ***Bonificación por servicios.****(*) No se puede ordenar su reliquidacion por cuanto no está consagrada en el régimen especial de los servidores del DAS, y el Decreto 1042 de 1978, norma general para los empleados del orden nacional, dispone que se liquide únicamente con la asignación básica y los gastos de representación*[25]

- ***la "Bonificación por recreación"*** *(*) no se ordenará su reliquidación por cuanto es equivalente a* ***dos (2) días de la asignación básica*** *mensual que le corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período, es decir, el legislador no contempló otros factores salariales para su liquidación conforme el Decreto. 451 de 1984.*

- *El "****Bono extraordinario decreto 1483 de 2008****" (*), no se reliquida por cuanto la norma que ló creo*[26] *dispuso el pago por una sola vez y en cuantia fija de cien mil pesos.*

De manera que solamente se ordenará reliquidar con la inclusión de la prima de riesgo las siguientes prestaciones: "PRIMA DE SERVICIOS", "PRIMA DE VACACIONES" "PRIMA DE NAVIDAD" LAS CESANTIAS Y SUS RESPECTIVOS INTERESES; SUELDO POR VACACIONES E INDEMNIZACION POR VACACIONES por cuanto el legislador dispuso que se ***liquida con la asignación básica y factores salariales, o con el "salario"*** *de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1933 de 1989 y quedó consignado en cuadro anterior.*

La reliquidación de las prestaciones sociales del demandante están limitadas a la fecha en que se desvinculó laboralmente del DAS, toda vez, que posteriormente fue incorporado a otra entidad pública y empezó a devengar una asignación básica que lleva integrada la prima de riesgo de conformidad con lo señalado en el artículo 7o del Decreto 4057 de 2011.

Como quiera que se incrementó el salario, al incluir la prima de riesgo, se deberán efectuar los aportes con destino a la seguridad social a favor del demandante, sobre la diferencia que se genere - en caso de que no se hubieren hecho tales cotizaciones. De las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada deberá descontar debidamente indexado el porcentaje que le corresponde por disposición legal en calidad de empleado por este concepto.

PRESCRIPCIÓN

Cabe resaltar que las prestaciones sociales aquí reclamadas no son una prestación periódica debido a que la relación laboral culminó al suprimirse el DAS.

---

[25] Bonificación por servicios prestados. El Decreto Ley 1042 de 1978, por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional –Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales– creó la bonificación por servicios en los siguientes términos: , "Artículo 46. De la cuantía de **la bonificación por servicios prestados**. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos ($100.750). , Para los demás empleados la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres (3) factores de salario señalados en el inciso anterior. , Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.",

[26] DECRETO 1483 DE 2008, , (mayo 6), , por el cual se crea un bono extraordinario para los servidores públicos del orden nacional señalados en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto-ley 272 de 2000., Artículo 1°. Créase para los servidores públicos del orden nacional señalados en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1992 y en el Decreto-ley 272 de 2000, por una sola vez y sin carácter salarial ni prestacional para ningún efecto legal, un bono extraordinario equivalente a cien mil pesos ($100.000) moneda corriente, el cual se pagará en el mes de mayo de 2008., , Tendrán derecho a este bono extraordinario los servidores públicos señalados en el inciso anterior, que se encontraban vinculados a la administración a 1° de septiembre de 2007 y permanezcan vinculados a la fecha de publicación del presente decreto, con excepción del Presidente de la República, Ministros de Despacho, Directores de Departamento Administrativo y Secretarios del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y el Vicepresidente de la República.,

Igualmente es importante señalar que la sentencia de unificación del 01 de agosto de 2013 proferida por el Consejo de Estado sobre prima de riesgo no es constitutiva del derecho por las razones que se dejaron reflejadas en precedencia.

*En el subjudice la petición fue radicada el 1 de noviembre de 2013 (fl.2), lo que implica que el derecho a reclamar diferencias sobre prestaciones devengadas antes del **1 de noviembre de 2010** se encuentran prescritas.*

INDEXACIÓN

Las sumas que resulten a favor del serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, el Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura No 1887 de 26 de junio de 2003, el test indicado por el H. Consejo de Estado, y el principio de razonabilidad [27] se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- ***Complejidad del proceso:** El presente proceso revistó de complejidad, pues buscaba la reliquidación de emolumentos salariales con la inclusión de la **prima de riesgo** como factor para su liquidación lo que implicó una revisión normativa y jurisprudencial de dicha prestación, y un estudio adicional para establecer el sucesor del extinto DAS para el presente caso.*

- ***Actuación de los apoderados:** La entidad demandada contestó el traslado de la demanda proponiendo excepciones y la parte actora corrió traslado de las mismas, frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva fue*

---

[27] NOTA SOBRE COSTAS **El artículo 188 del CPACA** señala: "… Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.", La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-., , De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el **Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003**, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. , "III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO., 3.1. ASUNTOS., 3.1.1. Única instancia., Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes., Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.", Frente a lo anterior el Consejo de Estado ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria. **El principio de razonabilidad** que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental

interpuesto recurso de apelación por parte de la Fiduprevisora el cual fue Despachado desfavorablemente.

- *Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.*

- *Las excepciones de falta de legitimación y caducidad fueron despachadas desfavorablemente*

Bajo estas consideraciones seria del caso condenar en costas a la entidad demandada al haber sido vencida en juicio, sin embargo, como quiera que la decisión se soporta en la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no hay lugar a ello.[28]

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA****, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

R E S U E L V E

PRIMERO. INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL *el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 por demostrarse que para este caso resulta contrario al artículo 4 de la Constitución Política, según lo expuesto en la parte motiva.*

SEGUNDO. DECLARAR *la nulidad del oficio E-2310-18-201321177 de 28 de noviembre de 2013 proferido por la Subdirectora de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS – entidad suprimida) por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: DECLARAR PRESCRITO *el derecho a reclamar diferencias sobre prestaciones causadas con anterioridad al* ***1 de noviembre de 2010****, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

CUARTO. *Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se* ***ORDENA*** *a la* ***AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO****, reliquidar a la señora* ***BLANCA YALILE VASQUEZ GOMEZ****, identificada con cedula de ciudadanía No. 43.023.745 de Medellín, la "Prima de servicios", "Prima de navidad", "Prima de vacaciones", "cesantías" "intereses a las cesantías", "vacaciones" e "indemnización por vacaciones incluyendo como factor para su liquidación la prima de riesgo desde el 1 de noviembre de 2010 por prescripción trienal, hasta la finalización de la relación laboral con el DAS.*

QUINTO. CONDENAR *a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, a pagar a la señora* ***BLANCA YALILE VASQUEZ GOMEZ*** *las diferencias que resulten de la reliquidación de prestaciones enunciadas en el numeral anterior según lo establecido en el artículo 187 del CPACA, debidamente indexados, previos descuentos de los aportes a seguridad social.*

---

[28] Ver Sentencia de 21 de marzo de 2018, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca M.P. Luz Myriam Espejo Rodriguez 11001-3335-012-2014-00183-01 que confirma decisión de no condenar en costas.

135

SEXTO: *Sin condena en costas.*

SÉPTIMO: *En cuanto a los remanentes se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.*

OCTAVO: ORDENAR *se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA*

NOVENO: COMUNICAR *este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del CPACA, una vez en firme a la parte accionada.*

DECIMO PRIMERO: EJECUTORIADA *esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.*

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

Parte Actora: *Sin recursos*

Entidad Demandada: *El apoderado de la Fiduprevisora y ANDJE interpone recurso de apelación y manifiesta que lo sustentará dentro del término de ley.*

La Juez

YOLANDA VELASCO GUTIERREZ

Apoderado de la Fiduprevisora y ANDJE:

DRA. SANDRA VIVIANA MENDEZ QUEVEDO

Apoderado parte actora

DR. WILLBER FABIAN VILLALOBOS

Secretario Ad Hoc.

FABIAN VILLALBA MAYORGA