



**SENTENCIA No. 127**

Bogotá D.C., 28 de octubre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicado: 110013335-017-2017-00400-00  
Demandante: Héctor Sánchez Vargas  
Demandado: Unidad de gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la protección social  
Tema: Reajuste de Prestaciones – Prima de riesgo

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 127, así:

**CONSIDERACIONES**

**CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Fundamenta el CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN indicando el significado de salario en nuestro ordenamiento jurídico, el dado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado para señalar que el DAS además del salario percibido pagaba mensualmente una prima denominada de riesgo, la cual fue cancelada en forma habitual y periódica durante el vínculo laboral como una prestación directa del servicio.

Resalta que la norma gestora de la prima de riesgo, el Decreto 1933 de 1994, no la excluyó como constitutiva de salario y considera entonces, que las normas posteriores (Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994) al excluir la prima de riesgo como factor salarial están en contravía de los derechos adquiridos y por tanto deben ser inaplicadas en los términos del artículo 4º de la C.P. Hizo citas jurisprudenciales.

**RAZONAMIENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.**

La prima de riesgo. Normatividad aplicable y características.

La prima de riesgo tuvo su origen en el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, que en el artículo 4º estableció:

Artículo 4. Prima de riesgo. Los empleados del Departamento de Seguridad DAS, 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."

Posteriormente, el Decreto 132 del 17 de enero de 1994, concedió a los servidores públicos que prestan servicios de conductor a los ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, precisando: <<la cual no tendrá carácter salarial>>.

Igualmente, el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creó una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores quienes <<tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual>> y en el inciso 2º del artículo 1º señaló: <<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>> (negritas fuera de texto).

Ahora bien, la norma anterior fue derogada por el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, y en su artículo 1° dispuso que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores "tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual" y en su artículo 4° reiteró que: <<La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata los artículos 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994>> (negrilla del Despacho).

Es así como, se colige que si bien es cierto las personas en los cargos antes descritos tenían derecho a percibir la prima de riesgo equivalente al 30% y 35% de la asignación básica, también lo es que el legislador expresamente consideró que ésta no era factor salarial.

Al efecto, el Consejo de Estado se ha ocupado de analizar el carácter salarial de la prima de riesgo, estimando en sentencia del 28 de junio de 2007, que ésta no constituía factor salarial bajo ningún supuesto<sup>1</sup>; sin embargo, con posterioridad unificó su criterio, respecto de su carácter salarial para efectos de la reliquidación pensional y en sentencia del 1° de agosto de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 0070-11, concluyó lo siguiente:

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

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 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

<sup>1</sup> Sentencia de 28 de junio de 2007, radicado No. 25000-23-25-000-2003-09101-01 (8483-05).

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."

Excepción de inconstitucionalidad.

El artículo 4º de la C.P. señala que <<en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales>>, disposición que entonces permite que cualquier autoridad pueda dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica cuando resulte contraria a la Constitución.

Respecto de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

"(...) tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

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 4º 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 relievase, 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.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto-

YMM

si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.)<sup>2</sup>.

En tal virtud, es evidente que en caso de existir contradicción entre una norma de orden legal y un precepto constitucional se debe dar aplicación a la Constitución Política.

#### **El caso concreto.**

En el caso en estudio, se encuentra probado que el señor HECTOR SANCHEZ VARGAS prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 21-05-1982 hasta el 30-05-2002, desempeñándose en el cargo de DETECTIVE 206-14 y, devengó la prima de riesgo en los términos de las normas antes transcritas.

El 30 de septiembre de 2016, la parte actora presentó solicitud de reliquidación pensional con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, petición que fue negada mediante el acto administrativo que es objeto de cuestionamiento en la presente actuación (fl.19)

Sin embargo, en aplicación del criterio de unificación jurisprudencial citado en precedencia, se tiene que la prima de riesgo, al ser percibida en forma permanente y mensual por quienes fueron empleados del DAS, tiene un carácter salarial, razón por la cual resulta admisible su inclusión en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Por tanto, se debe inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994 para ordenar que, en el caso en concreto, en la liquidación de las pensión se incluya la prima de riesgo percibida.

Así, por simple confrontación directa entre el acto administrativo demandado y la citada jurisprudencia, es posible colegir que aquel no se adecúa al ordenamiento jurídico, razón por la cual resulta procedente la nulidad invocada y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, en razón de la supresión ordenada por el Decreto 4057 de 2011 y lo ordenado en la Ley 1753 de 2015 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con cargo al Patrimonio Autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. deberá proceder al reajuste de la pensión de jubilación a fin de incluir la prima de riesgo dentro de la base de liquidación pensional.

En este último punto, estimo conveniente recordar que la liquidación de la pensión debe estar, en todo caso, de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que como quiera que no fue objeto de descuento, la prima de navidad ello no da lugar a su exclusión, sino a que la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes, al momento del reconocimiento.

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

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estimamos que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del auto 1277 del 17 de febrero de 2017

---

<sup>2</sup> Sentencia No. T-614/92

Prescripción Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), se ha de indicar que, como ya se dijo, el demandante radicó derecho de petición de reajuste de sus prestaciones el 6 de noviembre de 2013, por lo tanto en el presente caso se declararán prescritas las sumas causadas con anterioridad al 19 de febrero de 2009 en los términos que se indicarán en la parte resolutive de esta providencia.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que “Salvo en los procesos 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”.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>3</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera

<sup>3</sup> Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de

culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.”<sup>5</sup>

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas, además de no evidenciar termidad o mala fe en la actuación.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL, para el caso en concreto, el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, de conformidad con lo antes expuesto.

SEGUNDO. - Se declara de oficio, parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN.

TERCERO. - DECLARAR la NULIDAD del oficio E-2310,18-201320453 del 20 de noviembre de 2013, por medio del cual se negó la inclusión de la prima de riesgo como factor en la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, conforme con lo señalado en precedencia.

---

demonstración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

<sup>5</sup> Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la AGENCIAL NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – ANDJE con cargo al PATRIMONIO AUTÓNOMO PAP FIDUPREVISORA S.A., RELIQUIDAR la pensión de jubilación incluyendo la prima de riesgo y PAGAR únicamente las diferencias que resulten del valor del reajuste que se ha ordenado en esta sentencia, con efectividad fiscal a partir del 19 de febrero de 2009, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en el IPC certificado por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.).

QUINTO.- SE DARÁ cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos para ello en los artículos 192 y numeral 4º artículo 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

SEPTIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaria del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Si así lo solicitan las partes expídanse copias de esta sentencia atendiendo el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

  
**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

*YAC*