



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL  
CIRCUITO DE IBAGUÉ – TOLIMA**

<b>TEMA</b>	PRIMA DE RIESGO
<b>RADICACIÓN</b>	73001-33-33-006-2014-00356-00
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO
<b>DEMANDADO</b>	NACION – DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO
<b>ASUNTO</b>	<b>SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA</b>

Ibagué, treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Procede el Despacho a resolver el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por la señora **DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO** contra la **NACION – DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**, mediante el cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

### 1. PRETENSIONES

**PRIMERA:** Que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, LA **NACION – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS** se declare la nulidad del acto administrativo particular numero E-2000,27,1-201324675, notificado el 28/12/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada “prima de riesgo”.

**SEGUNDA:** Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

**TERCERA:** Que la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 CPACA.

**CUARTA:** Se condene en costas a la entidad demandada.

Las anteriores suplicas se fundamentan en los siguientes:

### 2. HECHOS

**PRIMERO:** La demandante laboró para el DAS, desde el 19/03/1999 hasta el 31/12/2011.

**SEGUNDO:** El cargo desempeñado fue el de detective 07 del área operativa, adscrito a la seccional Tolima, en la ciudad de Ibagué.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

**TERCERO:** La asignación básica devengada fue la suma de \$1.162.194 y en razón de su cargo, percibió por concepto de prima especial de riesgo un 35% de su asignación básica mensual.

**CUARTO:** El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), además del salario percibido, le pagaba mes a mes una prima denominada "prima de riesgo", ordenada en el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada en los Decretos 132 de enero 17, 1137 de junio 2 y 2646 de noviembre 29 de 1994.

**QUINTO:** La prima de riesgo citada fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de las labores de alto riesgo en las que se encontraban expuestos a peligro mayor; les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.

**SEXTO:** El Decreto 1933 de 1989 "*por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados de Departamento Administrativo de Seguridad*", en el artículo 4°, creó la "prima de riesgo", sin excluirla como factor constitutivo de salario, imponiéndole como única limitación que "Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público".

**SÉPTIMO:** El Decreto 2646 de 1994, "*por el cual se establece la prima especial de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad*", además de establecer cuáles categorías (cargos) de empleados del DAS tenían derecho a percibir mensualmente, con carácter permanente la prima especial de riesgo y determinar el porcentaje aplicable a la asignación básica para su liquidación, se extralimitó al consignar en su artículo 4° que la prima de riesgo no podía constituirse como factor salarial, desconociéndose el derecho adquirido nacido en la norma genitora (Decreto 1933/89).

**OCTAVO:** Según el artículo 13 del Decreto 1932 de agosto 28 de 1989, constituían factores de salario además de la asignación básica mensual fijado para los distintos cargos, otros factores recibidos por el empleado como retribución por sus servicios, así: a) los incrementos por antigüedad de que trata el artículo 8° del decreto 10 de 1989, b) la bonificación por servicios prestados, c) la prima de servicio, d) el auxilio de transporte, e) el auxilio de alimentación, f) los viáticos y g) los gastos de representación.

**NOVENO:** El Departamento Administrativo de Seguridad durante toda la relación laboral no liquidó las primas y prestaciones sociales periódicas causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, incorporando el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, lo que motiva en esta demanda a solicitar y obtener la reliquidación de todas las prestaciones relacionadas.

**DÉCIMO:** No se conoce ni ha sido comunicado como mucho menos notificado a la fecha que exista acto administrativo que dé cuenta de la liquidación definitiva de prestaciones sociales por retiro del actor.

**DÉCIMO PRIMERO:** Los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto 1932 de agosto 28 de 1989, 8° del Decreto Ley 10 de 1989 y 8, 9, 16, 17 y 18 del Decreto 1933 de agosto 28 de 1989, fueron la base normativa para la liquidación de las prestaciones descritas en el hecho anterior y sobre las cuales el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), cada año las liquidaba tomando como factores los presupuestados en dicha normatividad, sin que se incluyese la prima de riesgo, liquidación deficitaria que conllevó para la demandante causación de perjuicios originados al quedar disminuido el valor de sus derechos sociales.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

**DÉCIMO SEGUNDO:** El artículo 4° de la Constitución Política consagra la inaplicabilidad en caso de incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica frente a la Carta Magna.

**DÉCIMO TERCERO:** Como la prima de riesgo es constitutiva de salario según la orientación Jurisprudencial de las Altas Cortes, que entre las más recientes esta la proferida por el Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 1° de agosto de 2013, Sección Segunda, CP. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), para efectos de su reconocimiento en el sub judice, procede la inaplicabilidad del artículo 4° del decreto 2646 de 1994, en cuanto indica que esta prima no lo es.

**DÉCIMO CUARTO:** La inaplicabilidad es evidente no solo por contrariar normas de orden superior sino por la misma decisión del gobierno nacional de corregir la incongruencia, dado que por medio del inciso segundo del artículo 7 del decreto 4057 de octubre 31 de 2011 *“Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones.”*, reconoció tácitamente el carácter salarial que tiene la prima de riesgo, al punto de incorporarla a la asignación básica, constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales y así no desmejorar las condiciones salariales del personal que se habría de incorporar a las entidades receptoras.

**DÉCIMO QUINTO:** Conforme al inciso 3 del artículo 6 del decreto 4057 de octubre 31 de 2011 *“Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones.”*, fue dispuesto que los servidores públicos serían incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el DAS, en consecuencia, los funcionarios fueron incorporados a las nuevas entidades receptoras.

**DÉCIMO SEXTO:** El DAS posterior a la reubicación consignó en la cuenta bancaria de cada empleado lo que consideró deberles sin que hubiera mediado acto administrativo, aviso, comunicación o acto previo en el que se les hubiera informado.

**DÉCIMO SEPTIMO:** Mediante reclamación administrativa dirigida al DAS (en proceso de supresión), radicada el 10/12/2013, solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales, la prima de riesgos contemplada en el Decreto 2646 de 1994, y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como lo son primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses a las cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.

**DÉCIMO OCTAVO:** En el acto administrativo particular número E-2000, 27, 1-201324675, notificado el 28/12/2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y en el mismo no se le indicó cuales recursos procedían con lo que se le negó la posibilidad de interponerlos, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

**DÉCIMO NOVENO:** Ante la procuraduría 9 Judicial II Delegada para asuntos Administrativos de Bogotá, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida el 21 de abril de 2014, diligencia oportunamente notificada a la Agencia Nacional para la defensa Jurídica del Estado (Fls. 26-28 Cuad. Ppal.).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Se refirieron las siguientes normas vulneradas por la determinación de la administración:

- Artículo 4, 53 y 93 de la Constitución Política.
- Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990.
- Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989.

El mandatario de la demandante básicamente afirma que el ingreso percibido periódicamente por el actor, denominado prima de riesgo, es factor salarial y por tanto, constitutivo de salario conforme a la noción de salario a que se refiere la Sentencia de la Corte Constitucional SU-995 de 1999, donde desarrolla los postulados definidos en el convenio 95 de la OIT, los que en su entender deben aplicarse a este caso.

Indica que en la misma línea se encuentra la Sección Segunda del Consejo de Estado según los términos de la Sentencia del 07 de abril de 2011 y del 01 de agosto de 2013.

Manifiesta que en la medida en que la prima de riesgo se reconoce y paga en forma permanente, constituye salario a tono del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, concepto que tiene génesis en el artículo 4 del Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, precepto que reglamentó el régimen prestacional de los servidores del extinto DAS. La aludida prima de riesgo empezó por corresponder al 10% de la asignación básica, luego pasó al 20% con el Decreto 132 de enero 17 de 1994, a continuación se incrementó al 30% según el Decreto 1137 del 2 de junio de 1994, para en la actualidad establecerse en el 35% de conformidad al Decreto 2646 de noviembre 29 de 1994.

Aduce que los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, respectivamente, violaron los artículos 53 y 58 de la Constitución, por cuanto desconocieron la condición de factor salarial para la prima de riesgo, que es un derecho adquirido dada su connotación habitual dirigida a servir como contraprestación del servicio. En ese sentido, con base en el artículo 4 de la Carta Política, por inconstitucional, debe inaplicarse aquel precepto.

Destacó que el Decreto 4057 de octubre 31 de 2011, por el cual se suprime el DAS, integró la prima de riesgo a la asignación básica mensual del servidor en el nuevo cargo al cual se traslada, para todos los efectos salariales, lo cual luce inconsonante respecto a las disposiciones que le niegan esa calidad.

Finiquita su intervención alegando que en virtud al artículo 53 de la Constitución, en materia laboral opera el principio de que la realidad debe primar sobre las formalidades, por tanto al ser la prima de riesgo factor salarial corresponde integrar ese concepto al salario y reliquidar todas las prestaciones de la demandante (Fls. 29-39 Cuad. Ppal.).

### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En su momento la Fiscalía General de la Nación en defensa del extinto DAS, manifestó que la negativa al reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, tiene fundamento en lo consignado en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; por tanto, la prima de riesgo fue prevista por el legislador, señalando expresamente que no constituía factor salarial.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Así mismo, afirmó que no existe precedente jurisprudencial que ordene tener como factor salarial para la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales legales la mencionada prima de riesgo.

Por último, para inaplicar una norma acudiendo a la figura de la excepción de inconstitucionalidad debe hacerse un riguroso juicio de inconstitucionalidad, ausente en su totalidad en el escrito contentivo de la demanda.

Con base en lo expuesto, formuló las excepciones de mérito que denominó: cumplimiento de un deber legal; inexistencia de la obligación o del derecho reclamado; falta de causa para pedir; buena fe; cobro de lo no debido y prescripción de derechos (Fls. 170-176 Cuad. Ppal.).

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué mediante proveído calendado el 30 de octubre de 2014 (Fl. 79 Cuad. Ppal.), ordenándose notificar al DAS que se encontraba para la época en proceso de supresión.

Con fundamento en el informe de notificación visible a folio 98 del Cuaderno Principal, respecto a la imposibilidad de notificar la citada entidad por cierre definitivo, ese Juzgado mediante proveído calendado el 11 de junio de 2015, ordena vincular en condición de demandada a la Fiscalía General de la Nación (Fls. 99-100 Cuad. Ppal.).

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA15-10363 de junio 30 de 2015 y PSATA 15-089 del 8 de julio de 2015, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, éste Despacho avocó conocimiento, a través de auto del 9 de septiembre de 2015 (Fl. 114 Cuad. Ppal.).

Notificada la Fiscalía General de la Nación, contestó la demanda, oponiéndose a su prosperidad para ello formuló excepciones de fondo (Fls. 115-121 Cuad. Ppal.). Así mismo, propuso la nulidad del proceso; en auto del 10 de junio de 2016, el Despacho reversó la anterior vinculación de la Fiscalía y en su lugar, tuvo como sucesor procesal del DAS a la Fiduprevisora S.A (Fls. 22-26 Cuad. Incidente). La Fiduprevisora S.A. también se pronunció excepcionando las suplicas demandatorias (Fls. 32-48 Cuad. Incidente).

El día 15 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial donde el Juzgado negó la excepción de “integración del litisconsorcio necesario e integración del contradictorio” que propuso la Fiduprevisora (Fls. 195-197 Cuad. Ppal.), decisión que fue apelada y conocida por el Tribunal Administrativo del Tolima, corporación que mediante proveído del 04 de diciembre de 2017 ordenó desvincular a esa entidad y en cambio, integrar como sucesora procesal del extinto DAS a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 204-212 Cuad. Ppal.).

El día 6 de noviembre de 2018, se adelantó nuevamente la audiencia inicial, esta vez con la presencia y participación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, a través de apoderado judicial; en ella se fijó el litigio, se decretaron las pruebas, se saneó el proceso y se corrió traslado para alegar, oportunidad que fue aprovechada por ambas partes (Fls. 217-219 Cuad. Ppal.).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

## 6. CONSIDERACIONES

### 6.1. EXCEPCIONES DE MERITO

Si bien la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado guardó silencio, la Fiscalía en su momento en defensa del extinto DAS formuló excepciones de mérito, las que se analizarán con el tema de fondo por ser afín a este.

### 6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme fue abordado en la audiencia inicial, corresponde determinar si resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia de ello, establecer si la señora DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO tiene derecho a que se le reconozca la prima de riesgo como factor salarial y como consecuencia de este reconocimiento, se reliquiden y paguen todas las primas legales y extralegales, tales como la prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y cesantías e intereses de cesantías.

### 6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 1933 de agosto 28 de 1989 por medio del cual se expidió el Régimen Prestacional especial para los empleados del extinto DAS, respecto a la prima de riesgo, señalaba:

**“ARTÍCULO 4°. PRIMA DE RIESGO.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público.”

Así mismo, luego de varias reformas el gobierno nacional a través del Decreto 2646 de noviembre 24 de 1994, fijó las condiciones para el pago de ese concepto, de la siguiente forma:

**“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”.

Por su parte, el artículo 4 de la misma normatividad, precisa:

“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.”.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado<sup>1</sup> consideró que la prima de riesgo es factor salarial para establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional, así:

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de agosto 1° de 2013. Radicación No. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

“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. (...)

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 tomada 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.”

De ahí, que ese precedente ha sido esgrimido insistentemente por los litigantes para solicitar que ese concepto no solamente se aplique a la pensión, sino también que se haga extensivo a las otras prestaciones sociales del servidor. Empero, en pronunciamiento más reciente ese alto tribunal aclaró que la prima de riesgo es constitutiva de salario únicamente para liquidar pensión, nada distinto a ello puede entenderse de lo expuesto en la primera decisión<sup>2</sup>. Esto se dijo:

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

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

Ahora bien, a pesar de que la demandante no se refirió de forma expresa al posible desconocimiento de algún precedente judicial, se advierte que el Tribunal demandado sí sustentó su decisión conforme al criterio zanjado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 1º de agosto de 2013, emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-000150-01, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

Al respecto, encuentra la Sala que, efectivamente, con la citada sentencia del 1º de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS, y por tanto, debía ser incluida dentro del ingreso base de liquidación (...)

De manera que, se considera acertada la decisión cuestionada, en la medida de que no es posible aplicar la regla establecida en la aludida providencia, puesto que aquella se

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de tutela del 08 de marzo de 2018. Radicación No. 11001-03-15-000-2018-00066-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

dirigió a una situación jurídico administrativa en concreto, a saber, la inclusión de la prima de riesgo dentro del ingreso base de liquidación pensional de algunos funcionarios del DAS, tales como detectives, agentes y criminalísticos.

Por tanto, para la Sala, no le asiste razón a la demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, toda vez que, i) es la misma norma la que no le concede la naturaleza de factor salarial a la mencionada prima y, ii) la referida sentencia de unificación no contempló la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo sobre haberes distintos a los pensionales.

Finalmente, debe precisarse que el juez ordinario no estaba en la obligación de declarar por vía de excepción la «nulidad por inconstitucional del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994», que determina que la prima especial de riesgo no es factor salarial, puesto que en los términos del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 –el juez podrá, de oficio o a petición de parte-, tal prerrogativa es facultativa, en la medida que se logre acreditar la vulneración de la Constitución Política o de la Ley”.

Refuerza lo anterior, el hecho que la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>3</sup> al estudiar el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, al referirse al concepto de salario expuso:

“A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.” (El resaltado ajeno al texto original).

Del compendio que precede, se concluye: i) no toda suma de dinero que perciba el trabajador en forma permanente y habitual debe tenerse como factor salarial; ii) la prima de riesgo no fue prevista por el legislador como factor salarial, por lo cual no puede otorgársele ese carácter para liquidar prestaciones sociales y iii) la primera sentencia de unificación del Consejo de Estado no contempló la prima de riesgo como factor salarial de las prestaciones sociales del servidor, solamente se utiliza para establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión.

#### 6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. Según Resolución No. 2473 del 29 de diciembre de 2000 el DAS inscribió en el escalafón del régimen de carrera del Departamento a unos funcionarios, entre los que se encuentra la demandante (Fls. 318-320 Exp. Activo).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), C.P. Cesar Palomino Cortes.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

2. Según certificación emitida el 20 de diciembre de 2013 por la Subdirectora de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, la señora Diana Patricia Rengifo Morocho laboró para dicha entidad desde el 19 de marzo de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2011 desempeñando el cargo de detective 208-07 (Fl. 10 Cuad. Ppal.).

3. De los certificados de nómina de la demandante correspondiente a los años 1999 a 2011, se advierte el reconocimiento de una prima de riesgo (Fls. 11-24 Cuad. Ppal.).

4. La demandante presentó solicitud al Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión tendiente al reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial y consecuentemente el reajuste y pago de las primas y prestaciones sociales causadas con la inclusión de tal emolumento en la respectiva liquidación (Fls. 2-3 Cuad. Ppal.).

5. La anterior solicitud fue resuelta de forma negativa mediante el Oficio No. E-2000, 27, 1-201324675 del 28 de diciembre de 2013 por la Subdirectora de Talento Humano del extinto DAS (Fl. 4 Cuad. Ppal.).

## 6.5. CASO CONCRETO

Sea lo primero indicar que en estos asuntos impera el principio general de la carga de la prueba, conforme se desprende del artículo 167 del CGP aplicable por la remisión que autoriza el artículo 211 del CPACA. Es así que por cuenta de la presunción de legalidad y acierto que cobija los actos de la administración, a fin de honrar sus asertos o afirmaciones, corresponde al demandante acreditar que la resolución censurada se encuentra viciada de nulidad, porque de no hacerlo, indefectiblemente sus pretensiones están destinadas a no prosperar.

Corresponde, entonces establecer si resulta procedente reliquidar la totalidad de prestaciones sociales que percibía la demandante como empleada del extinto DAS, incluyendo para el efecto la prima de riesgo como factor salarial.

Si bien la prima de riesgo fue aceptada para tenerse en cuenta como factor salarial a raíz de la primigenia decisión del Consejo de Estado citada en la presente sentencia, no menos cierto es que, esa connotación únicamente aplica para calcular el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión, conforme lo precisa nuestro máximo órgano de cierre en decisión posterior, razón por la cual no es posible hacerla extensiva para reliquidar las prestaciones sociales del empleado que estuvo vinculado con la fenecida entidad, tal como se pide en este caso.

Basta ver que el mismo Decreto 1933 de 1989 norma mediante la cual se estableció el régimen prestacional especial de los trabajadores del extinto DAS, no le otorgó el carácter de factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, de manera que no es procedente que la prima de riesgo, pese a su habitualidad, se integre en ese sentido. Al respecto refieren los artículos 16 a 19 de la disposición en mención:

**“ARTÍCULO 16. 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;

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

- f) El subsidio de alimentación;
- g) El auxilio de transporte;
- h) Los gastos de representación.

**ARTÍCULO 17. 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.

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

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) 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.

**ARTÍCULO 19. 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”.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-006-2014-00356-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA RENGIFO MOROCHO.  
DEMANDADO: NACION - DAS SUPRIMIDO – AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Así las cosas, por más que la demandante haya recibido la prima de riesgo en forma periódica y permanente cuando prestaba sus servicios para el DAS, esa circunstancia por sí sola no permite considerarla para reliquidar las prestaciones sociales que se demandan, por cuanto el Decreto 1933 de 1989, así como el Decreto 2646 de 1994, citados en precedencia, le niegan claramente la condición de factor salarial, posición jurídica de la cual resulta partidaria la Jurisprudencia más próxima del Consejo de Estado, según se advirtió en los albores de este fallo.

En ese orden de ideas, las suplicas impetradas a través de esta acción anulatoria deben desestimarse, teniendo en cuenta que la accionante no acreditó el alcance de sus proposiciones, manteniéndose de esta forma incólume la presunción de legalidad que envuelve los actos decisorios de la administración.

## 7. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condena en costas a la parte actora, bajo los términos de liquidación y ejecución previstas en el Código general del proceso, por secretaria efectúese la liquidación correspondiente.

A tono del Acuerdo No. 1887 de junio 26 de 2003, dictado por el H. Consejo Superior de la Judicatura, precepto vigente para cuando se introdujo la demanda (Fl. 1), fíjese como agencias en derecho la suma de \$247.000 pesos M/Cte.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

## RESUELVE:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda de la referencia, según lo motivado.

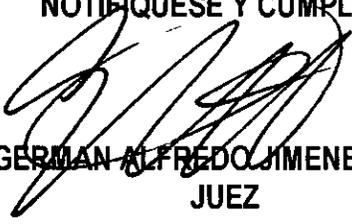
**SEGUNDO:** Devuélvase los remanentes si los hubiere en el proceso.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante. Por secretaria tácense. Se fijan como agencias en derecho, la suma de \$247.000 pesos M/Cte.

**CUARTO:** Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, **ARCHÍVESE** el expediente.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibidem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
GERMAN ALFREDO JIMENEZ LEÓN  
JUEZ