



136

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2014-00184-00

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: PAMELA ADRIANA DAZA PULIDO

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE MIGRACIÓN COLOMBIA

**ACTA 067-2019
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 DE LA LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los catorce de marzo de dos mil diecinueve siendo la hora de las once de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la SALA VEINTINUEVE de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: Dr. CARLOS ADOLFO BENAVIDEZ BLANCO a quien se le reconoce personería de conformidad con el poder allegado.

Parte demandada: Dra. SANDRA ROCIO RODRIGUEZ LOPEZ cuya personería se encuentra reconocida en el expediente.

La representante del Ministerio público no asistió 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
2. Alegaciones y Juzgamiento

SANEAMIENTO DEL PROCESO

Como una garantía al debido proceso se le 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.

Como las partes no observan causal que invalide lo actuado y el Despacho tampoco lo observa, se da por agotada esta etapa.

ALEGACIONES FINALES

Las partes presentaron sus alegatos en la audiencia de 6 de marzo de 2019, conforme la videgrabación digital de la audiencia.

FALLO

Problema jurídico

Conciérne al Despacho establecer si procede la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994⁽¹⁾, y como consecuencia liquidar las prestaciones sociales devengadas por la actora durante su vinculación en el Departamento Administrativo de Seguridad (entidad suprimida) con la inclusión de la prima de riesgo.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Los Decretos 1933 de 1989 ⁽²⁾, y 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 señaló que no constituye factor salarial, tal como ya lo habían estipulado los decretos anteriores.

El Decreto 2646 de 1994 ⁽⁴⁾ dispone:

1 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, ARTICULO 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.

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 2º 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 1º Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual. Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994.

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,

carácter permanente, una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento, (35%) de su asignación básica mensual.

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

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

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

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

ARTÍCULO 5o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su, publicación, deroga el artículo 4o del Decreto 1933 de 1989 y el, Decreto 1137 de 1994.,

Nótese que 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 Estado⁵. Pero, en la parte final del artículo cuarto se indicó: **"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 legislativa⁶, 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

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. ver: 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, Sección 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 García, Bogotá, D.C., Quince (15) De Febrero de Dos Mil Siete (2007), Radicación Número: 25000-23-25-000-2002-03847-01(3110-05), Actor: Miguel Antonio Calderón Páez, Demandado: Caja Nacional De Previsión Social.

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 los factores que integran el ingreso base de liquidación pensional.

En este punto, diferenciamos el problema jurídico asumido por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación (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.

La diferencia en el objeto del proceso implica que la sentencia de unificación no es un precedente para el presente caso, pues, aunque se estudiaron las mismas normas, el análisis hecho por el H. Consejo de Estado se dirigió a establecer si la prima de riesgo puede ser incluida en la base de liquidación de la pensión, mientras que en el sub examine, se busca que se incluya la prima de riesgo en la base para liquidar otras prestaciones devengadas en actividad.

No obstante, desde el año 2016 existen decisiones que con sustento en los estudios hechos por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación, han concluido que asimismo debe tenerse en cuenta la prima de riesgo como un factor para liquidar prestaciones sociales. Por ejemplo, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹, estableció según el **principio de primacía de la realidad**, la prima de riesgo debe tenerse como integrante del salario. Es decir, la prima de riesgo no es solamente un factor para liquidar la pensión, sino que también tiene efectos para liquidar las prestaciones sociales devengadas durante la permanencia en el DAS para aquellos empleados que la hayan recibido.

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 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección "C", Magistrado Ponente: Dr. Samuel José Ramírez Poveda., Bogotá D.C., Diecisiete (17) De Junio De Dos Mil Dieciséis (2016). Juicio No: 11001-33-35-011-2014-00332-01, Demandante: Juan Carlos Muñoz López, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, Asunto: Apelación Sentencia, Reliquidación Prestaciones Sociales-Prima de Riesgo.

En recientes decisiones el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰, ha accedido a pretensiones similares bajo el siguiente argumento:

Así las cosas, se tiene que el pago de la prima de riesgo devengada por el señor (...), no se realizaba intermitente o esporádicamente por mera liberalidad del empleador, sino que en efecto se cancelaba como contraprestación del servicio proporcionado a la entidad, y por lo tanto tiene el carácter de "retribución directa", por lo que no puede concebirse como un factor sin el carácter de salarial.

En estas decisiones se ha realizado énfasis en el concepto salario como retribución directa del servicio, y tras un análisis se ha concluido que la prima de riesgo comparte esta característica, y debe ser considerada salario. Durante el año 2018 se ha construido una línea jurisprudencial uniforme por parte del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca accediendo a la reliquidación de las prestaciones devengadas durante la vinculación del DAS-, incluyendo la prima de riesgo como integrante del salario ("reliquidación en actividad").

En consecuencia, 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; los estudios realizados por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación (150-2008) señalaron que aunque se le denomine "prima" lo cierto es que hace parte de la contraprestación directa del servicio y acogiendo este criterio existe una línea jurisprudencial que considera la prima de riesgo parte del salario, y como tal la incluye para la liquidación de otras prestaciones sociales devengadas durante la vinculación al DAS.

Las razones expuestas llevan a inaplicar por inconstitucional¹¹ el parágrafo 4 del artículo 3 del Decreto 2646 de 1994¹², por resultar en flagrante oposición con el artículo 53 de la Constitución Política al desconocer el

¹⁰ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Sección Segunda- Subsección "F" Bogotá D.C., Veintitrés (23) De Febrero De Dos Mil Dieciocho (2018) Magistrado Ponente: Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta referencias: radicación: 11001-33-35-011-2014-00330-02 demandante: Óscar Hernán Gómez Espinosa demandado: Fiduciaria La Previsora Vocera Del Papa Fiduprevisora s.a., defensa jurídica del extinto das y su fondo rotatorio en su calidad de sucesor procesal del departamento administrativo de seguridad - das - medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho controversia: reconocimiento de prima de riesgo como factor salarial

¹¹ 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 hacerla, 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 relevarse, 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 conchuye 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.

¹² Nota: Sobre la mapheación 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"

carácter salarial de un emolumento que cuenta con todos los elementos y características para ser considerado retribución directa del servicio.

Un elemento adicional, para otorgar carácter salarial a la prima de riesgo, es el hecho que 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.

Prestaciones que corresponde liquidar con la inclusión de la prima de riesgo

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.

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 específicas 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 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
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 de los cuadros anteriores, se establece que no es posible incluir la prima de riesgo para liquidar prestaciones en las que el legislador dispuso que su **liquidación se realice únicamente con la asignación básica**, o con **una suma fija**.

CASO CONCRETO.

La señora PAMELA ADRIANA DAZA PULIDO solicita la reliquidación de las prestaciones devengadas durante su vinculación con el extinto DAS, incluyendo la prima de riesgo como integrante del salario.

De acuerdo con la "Certificación proferida por la Subdirectora del Talento Humano del DAS, en supresión" (fl.12) la señora PAMELA ADRIANA DAZA PULIDO laboró en esta entidad así:

Cargo	Lapso
Auxiliar Administrativo 324-03	26 de junio de 2001 hasta el 16 de febrero de 2003
Detective 208-06 nivel central Bta.	16 de marzo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011

Se allegaron los reportes de nómina (fl.17) que indican que la actora durante su vinculación con el extinto DAS, devengó "prima especial de riesgo del 35%" mensualmente desde el 31 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y que, además:

- Asignación básica – (fl.21)
- Subsidio de alimentación (fl.15*)
- Bonificación por servicios (fl.16*)
- Prima de servicios (fl.16)
- Prima de vacaciones (fl.16)
- Prima de navidad (fl.16)
- Prima especial de riesgo 35% (fl.16)
- Prima de clima (fl.18)
- Prima de instalación (fl.20)
- Bonificación por recreación (fl.20)
- Bono extraordinario (Dcto 1483 de 2008) (fl.21)
- Vacaciones (sueldo y factores por vacaciones) (fl.20)
- Cesantías. (fl.17.)

Para el caso particular se establece:

- Corresponde ordenar reliquidar la "Prima de servicios", "Prima de navidad", la "Prima de vacaciones" las "cesantías", "los intereses a las cesantías" y las "vacaciones" incluyendo como factor para su liquidación la **prima de riesgo** como factor salarial.
- En cuanto a las prestaciones de "Bonificación por recreación", "Bonificación por servicios", "Subsidio de alimentación", "prima de clima" y "prima de instalación" no se ordenará su reliquidación por cuanto por disposición expresa del legislador se liquidan con la asignación básica. (ver cuadros que anteceden)
- Respecto al bono extraordinario (Dcto 1483 de 2008) no procede su reliquidación por tratarse de una suma fija (\$100.000) que se reconoce

por una sola vez sin carácter prestacional¹³.

- En cuanto a la "prima de servicios" si bien no se enlistan los factores en la norma especial que reguló el régimen especial del DAS, antes de su extinción, por tratarse de una prima de carácter general se reliquidará incluyendo la prima de riesgo como factor para su liquidación en razón a la equivalencia con las primas de vacaciones y navidad.

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.

Sobre las diferencias que resulten la entidad demandada deberá descontarle al actor, debidamente indexado, el porcentaje que esta obligado a pagar por concepto de aportes para seguridad social.

Limitación a la fecha en que la actora se desvinculó del DAS.

La demandante solicita que la reliquidación incluya las "prestaciones que se causen a futuro" (fl.35), pretensión que será denegada pues esta acreditado en el expediente que como consecuencia de la supresión del DAS la actora fue incorporada a la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA (ver folio 2).

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 se encontró el inciso tercero del artículo séptimo de Decreto 4057 de 2011⁽¹⁴⁾ que dispuso:

Artículo 7º. 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.

(...)

¹³ 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 1º de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto-ley 272 de 2000., Artículo 1º. Créase para los servidores públicos del orden nacional señalados en el artículo 1º 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 1º 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..

¹⁴ 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.

Así las cosas, la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante está limitada 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.

No sobra señalar que la legitimación de la UAE Migración Colombia para acudir al presente proceso como sucesora procesal del extinto DAS, fue establecida en el curso del proceso. (ver audiencia de 21 de noviembre de 2017)

Finalmente frente a los argumentos presentados por la apoderada de la entidad en sus alegatos de conclusión, en el sentido que no resulta procedente incluir la prima de riesgo en la base de liquidación para otras prestaciones, puesto que el Decreto 2646 de 1994 en el artículo 4 indicó expresamente que la prima de riesgo no constituye factor salarial, y que de acuerdo con la sentencia **SU 395 DE 2017** ⁽¹⁵⁾ el legislador puede disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador¹⁶, y establecer cuales emolumentos constituyen factores salariales, el Despacho debe advertir que la sentencia SU 395 DE 2017 no constituye un precedente para el presente caso, pues su objeto de análisis recae sobre **pensiones del sector público**, específicamente sobre: la aplicabilidad y alcance del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el tiempo de servicios para obtener el status, los parámetros de interpretación sobre ingreso base de liquidación, factores salariales y la incidencia de la sentencia SU-230 de 2015-, mientras que en el sub examine, el estudio estuvo encaminado a establecer que la prima de riesgo constituye salario, con el fin de reliquidar prestaciones devengadas en actividad.

El Despacho no desconoce que la H. Corte Constitucional, en sus pronunciamientos se ha referido a la autonomía del legislador para regular el régimen salarial de los empleados pero también ha diferenciado los conceptos de factor salarial y elemento salarial indicando que la sumatoria de los primeros corresponde al salario, mientras que los segundos deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social¹⁷. Esta diferenciación fue tomada en consideración por el Despacho, y por ello, se excluyó de la reliquidación con la prima de riesgo

¹⁵ SU 395 de 2017 La Sala Plena de la Corte Constitucional, Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017). (Expedientes T-3.358.903, T-3.358.979, T-3.364.831, T-3.364.917 y T-3.428.879 Acumulados) Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

¹⁶ Como sustento de este argumento hace alusión a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin precisar la decisión

¹⁷ Se citan las Sentencias del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B- del 28 de junio de 2007 (Expediente No. 1383-06) y del 6 de agosto de 2008 (Expediente No. 12846-01).

aquellas prestaciones en las que el legislador estableció como fórmula para su liquidación sólo la “asignación básica” o una “suma fija”.

PRESCRIPCIÓN

Cabe resaltar que, aunque las prestaciones sociales aquí reclamadas no son una prestación periódica debido a que la relación laboral culminó al suprimirse el DAS, en el caso particular el término de caducidad se contabilizó a partir de la publicación de la sentencia de Unificación 44001-2331-000-2008-00150-01 ⁽¹⁸⁾ circunstancia que obedeció al principio de acceso a la administración de justicia, para estudiar el caso frente a la expectativa legítima provocada por la decisión de unificación. No obstante, tal sentencia no crea el derecho, lo que implica que las diferencias sobre prestaciones que no fueron reclamadas oportunamente dentro del plazo de tres años se extinguieron por el fenómeno de la prescripción.¹⁹

En el subjudice la petición fue radicada el 30 de octubre 2013 (fl.2), lo que implica que el derecho a reclamar diferencias, sobre prestaciones devengadas antes del 30 de noviembre de 2010, se encuentra prescrito.

INDEXACIÓN:

Las sumas que resulten a favor del demandante, 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.

¹⁸ Ver Audiencia inicial etapa de resolución de excepciones previas.].

¹⁹ NOTA SOBRE PRESCRIPCIÓN: Se deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que indica: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”. A su vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, regula: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible... 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”... De las disposiciones en cita, se colige que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible

La parte accionada deberá efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a la prima de riesgo cuya inclusión se ordena, y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, debidamente indexados, por las razones anotadas en precedencia.

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 ²⁰ se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba la reliquidación de emolumentos salariales con la inclusión de la prima de servicios como factor para su liquidación.
- Las excepciones presentadas no prosperaron.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Se accedieron a las pretensiones de la demanda

Bajo estas consideraciones sería del caso condenar en costas a la entidad demandada, sin embargo, comoquiera que la decisión se soporta en la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 4 del decreto 2646 de 1994 no hay lugar a ello.

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

RESUELVE

PRIMERO. INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, según lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del oficio E-2310 18 201319445 de 8 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.

²⁰ 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 tripartito 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

TERCERO: DECLARAR PRESCRITO el derecho a reclamar diferencias sobre prestaciones causadas con anterioridad al **30 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 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA, reliquidar a la señora PAMELA ADRIANA DAZA PULIDO, identificada con cedula de ciudadanía Nro. 52.448.507 de Bogotá, la "Prima de servicios", "Prima de navidad", "Prima de vacaciones", "cesantías" "intereses a las cesantías" y "vacaciones" incluyendo como factor para su liquidación la prima de riesgo desde el **30 de noviembre de 2010** por prescripción trienal, hasta la finalización de la relación laboral con el DAS.

QUINTO. CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA a pagar al señor a la señora PAMELA ADRIANA DAZA PULIDO 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.

SEXTO: Ordenar a la demandada efectuar los aportes con destino a la seguridad social entre el 30 de noviembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011, con la inclusión del factor salarial denominado "prima de riesgo"; en caso de que no se hubieren hecho tales cotizaciones. De las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada deberá descontarle el porcentaje que esta obligado a pagar al sistema pensional por disposición legal, debidamente indexado.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: 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.

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

DECIMO: 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.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que se encuentra conforme con la decisión.

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (Sucesor Procesal) interpone recurso de apelación el cual sustentará en el término de ley.

La señora juez informa a las partes que podrán presentar y sustentar el recurso de apelación en el término de ley.

La Juez



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ

Parte demandante:



Dr. CARLOS ADOLFO BENAVIDEZ BLANCO

Parte demandada:



Dra. SANDRA ROCIO RODRIGUEZ LOPEZ

Secretario ad hoc



JOSÉ CLEMENTE GAMBOA MORENO