



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente:** *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., marzo ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

**RADICACIÓN NÚMERO:** 11001-03-15-000-2018-00066-00

**ACTORA:** LILIA AMPARO BECERRA TARAZONA

**DEMANDADO:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

**ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud presentada por la señora Lilia Amparo Becerra Tarazona, a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. Petición de amparo constitucional

Mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 11 de enero de 2018, la señora Lilia Amparo Becerra Tarazona, a través de su apoderado judicial, presentó solicitud de amparo en contra del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la protección especial a la mujer, a la prevalencia del derecho sustancial y del orden interno de los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y demás garantías constitucionales.

Sostuvo que tales derechos se vulneraron con la providencia del 19 de julio de 2017, proferida por la mencionada autoridad judicial, con la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra del



extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), con la finalidad de que se le reconociera la prima de riesgo con carácter salarial percibida como contraprestación de sus servicios, así como la reliquidación de sus prestaciones sociales devengadas para el periodo 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011 con inclusión de dicho emolumento.

En concreto, solicitó lo siguiente:

*«...se ordene al juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 5400 (sic)-13333002-2013-00081-01 que profiera nuevo fallo porque incurrió en la causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales dado que en su providencia adoptada el 19 de julio de 2017, no obstante las normas legales (Convencionales y de Derecho interno) en las que se sustentó el recurso de apelación en cuestión están vigentes y son constitucionales, no las adecuó a la situación fáctica planteada (que la prima especial de riesgo que devengara la tutelante entretanto su relación laboral con el extinto DAS, fueran (sic) tenida en cuenta para liquidar los demás emolumentos salariales), porque en absoluto en su análisis se refirió a ellas; lesionando de esta forma, y sin justificación, más bien causando un perjuicio irremediable, la salvaguardia de los derechos fundamentales de la tutelante, para el caso los derechos fundamentales al trato igual, al debido proceso, laborales, de su condición especial de mujer, de prevalencia de lo sustancial, de garantías judiciales y de prevalencia de las normas internacionales que regulan derechos humanos.»*

La solicitud tuvo como fundamento, los siguientes

## **2. Hechos**

Sostuvo que desde el 28 de junio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2011 estuvo vinculada legal y reglamentaria con el extinto DAS, en calidad de secretaria, pero que con ocasión de la supresión del DAS fue incorporada a la Fiscalía General de la Nación.

Indicó que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 2646 de 1994, dispuso que los empleados del área administrativa tendrían



derecho a percibir una prima especial de riesgo equivalente al 15% de la asignación básica mensual.

Refirió que el Gobierno Nacional, con el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, ordenó la supresión del DAS y con ello, los empleos fueron suprimidos, y algunos reincorporados a entidades receptoras de la Rama Ejecutiva.

Agregó que presentó una petición del 19 de junio de 2012 ante la dirección de dicha entidad para que se le reconociera para todos los efectos legales la prima de riesgo como elemento integrador de su salario, así como el pago de las diferencias prestacionales que se pudieran generar con fundamento en el mencionado emolumento.

Adujo que mediante oficio DAS.STH.GAPE.ABG. 109968-2 del 10 de julio de 2012 se negó la solicitud con fundamento en que dicho emolumento no estaba consagrado como factor salarial, según el Decreto 2646 de 1994.

Manifestó que interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del citado acto administrativo, entre otros, con la finalidad de que se le reconociera que la prima especial de riesgo, percibida mensualmente y con carácter permanente del 15% de su salario básico mensual constituye:

*«... salario para todos los efectos legales, por considerarse contraprestación directa del servicio que prestara en dicha entidad, y por ende, se ordene reconocer, reliquidar y pagar las diferencias que resulten en todas las prestaciones sociales causadas a su favor, entretanto su relación laboral –para el periodo comprendido del 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011-, que a continuación se relacionan: Bonificación por servicios prestados, Prima de servicios, Auxilio de Alimentación, Auxilio de transporte, Viáticos, Prima de vacaciones, Prima de navidad, Auxilio de cesantías, Bonificación por recreación, Sueldo por vacaciones, Factores por vacaciones y Prima de Clima (sic).»*



Adujo que el Juzgado 2° Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, con providencia del 21 de septiembre de 2015, negó las pretensiones, por los siguientes motivos:

*«Y es que si bien el Consejo de Estado ha determinado que la prima de riesgo constituye factor salarial para las pensiones, en forma alguna resulta posible habilitarse para que bajo la misma consideración sea reconocida a quienes como en el caso que nos ocupa sea atendida para cuando se encuentran en servicio, pues resultan situaciones realmente diferentes, dado que como se tiene el beneficiario de la pensión se hace acreedor a un porcentaje del total de lo devengado en servicio, y precisamente de sólo contar con un porcentaje de lo recibido y no la totalidad, devendría en una verdadera reducción de su ingreso que no comprende el real propósito de recompensa que constituye la pensión a quien por largos años prestara sus servicios y que la disposición normativa que da vida a la prima especial de riesgo estableció que la misma no constituía factor salarial.*

*En ese orden de ideas debe precisarse que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2646 de 1994 y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que la prima especial de riesgo debe ser tenida en cuenta solamente como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez, lo cual excluye de ser reconocida como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, motivo por el que no se accederá a las pretensiones de la demanda.»*

Agregó que con ocasión del recurso de apelación que presentó, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante sentencia del 19 de julio de 2017, confirmó la decisión anterior<sup>1</sup>, bajo las siguientes consideraciones:

*«De acuerdo con lo argumentado en el recurso de apelación, debe aclarar la Sala que si bien es cierto que el Consejo de Estado se apartó de lo ordenando por el Legislador en el Decreto 2646 de 1994, en lo referente a que la prima de riesgo no constituye factor salarial, dado que fue incluida como ingreso para liquidar la pensión de los empleados del extinto DAS, no realizó ninguna adición para dar a entender que también debía ser*

---

<sup>1</sup> En la parte resolutive revocó el numeral 2° de la sentencia de primera instancia, a través del cual se condenó en costas a la demandante.



*tenida en cuenta en los casos de liquidación de prestaciones sociales, por el contrario en (sic) citada Sentencia de unificación se refirió a que debía realizarse el mismo análisis para casos similares, expresando que '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'.*

*Igualmente esta Sala no encuentra acorde lo expresado por el recurrente al decir que se est[á] vulnerando el derecho al trabajo al desconocerse la situación más favorable para el trabajador, principio aplicado en Sentencia T-800/99 de la Corte Constitucional, ...pues en el caso concreto no existe ninguna duda, ni ninguna norma que favorezca más al trabajador como ya se explicó, la misma Ley excluye la prima de riesgo como factor salarial y la Jurisprudencia solo tiene en cuenta tal emolumento como IBL para pensiones, más (sic) no para liquidación de prestaciones sociales tal y como lo afirma el mismo Consejo de Estado en la providencia ya descrita anteriormente de fecha 7 de mayo de 2017...razón a esto, no est[á] desconociendo ninguna situación favorable para el trabajador pues como ya se dijo no existe ley o precedente jurisprudencial que denote que la prima de riesgo deba ser tomada en cuenta como factor salarial de las demás prestaciones sociales.*

*Entonces observado el caso concreto, esta Sala de Decisión encuentra acertada la decisión del Juez de conocimiento, en cuanto a que niega la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, de conformidad con la Jurisprudencia acotada del Consejo de Estado.*

*En conclusión, dado que existe fundamento jurídico y precedente jurisprudencial para no tener en cuenta la prima de riesgo como ingreso para liquidar prestaciones sociales, se confirmará en este aspecto la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta.»*



### 3. Sustento de la vulneración

La parte actora sostuvo que se vulneraron sus garantías constitucionales, pues, a su juicio, el Tribunal demandado incurrió en lo que podría configurar una violación directa de la Constitución, al desconocer lo dispuesto en el artículo 53 superior, al negar el reconocimiento de la prima de riesgo con carácter salarial percibida como contraprestación de sus servicios, así como la reliquidación sus prestaciones sociales devengadas para el periodo 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011 con inclusión de dicho emolumento.

Precisó que la prima de riesgo la percibió mensualmente como contraprestación directa de sus servicios, de manera que la entidad empleadora debía incluirla en las correspondientes liquidaciones de sus prestaciones sociales como factor salarial.

Sostuvo que no se le privilegió la situación más favorable ni se aplicó el principio de la realidad sobre la formalidad que deben primar en las relaciones laborales.

Indicó que tanto las normas de derecho interno<sup>2</sup> como las normas convencionales<sup>3</sup> prevén que salario corresponde a toda remuneración o ganancia se cual fuere su denominación.

Advirtió que el Tribunal demandado en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 2° superior, así como los 103 y 148 de la Ley 1437 de 2011, ha debido «... *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...*».

### 4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante auto del 16 de enero de 2018 se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, como demandados.

<sup>2</sup> Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y Decreto 1042 de 1978.

<sup>3</sup> Convenios 95 y 100 de la Organización Internacional del Trabajo.



Asimismo, se vinculó como terceros interesados a los representantes de la Fiscalía General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como sucesores procesales del extinto DAS y, al juez 2° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta.

Finalmente, entre otros asuntos, se solicitó en calidad de préstamo el expediente correspondiente al proceso ordinario en cita y se reconoció personería para actuar al apoderado de la accionante.

## **5. Argumentos de defensa**

### **5.1 Magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Norte de Santander**

Esta autoridad judicial, a pesar de su notificación, guardó silencio.

### **5.2 Juzgado 2° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta**

Esta autoridad judicial, con escrito recibido el 2 de febrero de 2018, consideró que la solicitud de amparo es improcedente, ante la inexistencia de una conducta respecto del cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

Manifestó que no se evidencia actuación u omisión por parte del despacho judicial constitutiva de transgresión de dichas garantías constitucionales como tampoco se advierte que se configure alguna de las causales genéricas ni específicas que hagan procedente el amparo solicitado.

### **5.3 Fiscalía General de la Nación**

Con memorial recibido el 25 de enero de 2018, esta autoridad se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que es improcedente por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad y tampoco se configura alguna otra causal de procedencia de acciones como esta contra providencias judiciales.



Sostuvo que la parte actora contaba con el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, para cuestionar la decisión de segunda instancia demandada, sin embargo, no explicó las razones del por qué no ejerció dicho medio de defensa.

Indicó que la demandante no logró identificar los hechos vulneradores, ni el fundamento de la afectación de sus derechos y mucho menos el error en el cual presuntamente incurrió la autoridad judicial demandada, de manera que, el juez constitucional no puede entrar a estudiar la totalidad de la sentencia para identificar dichos defectos.

#### **5.4 ANDJE**

Mediante escrito recibido el 26 de enero de 2018 en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, solicitó se le desvincule de este trámite constitucional, puesto que su competencia es residual, toda vez que solo serían notificados de los procesos judiciales posteriores al cierre del DAS, siempre y cuando dicha función no hubiese sido asumida por una entidad receptora de la Rama Ejecutiva<sup>4</sup>.

Precisó que de conformidad con el Decreto 1303 de 2014 la competencia residual corresponde a todos aquellos casos que no guarden relación con la función trasladada a las entidades receptoras o con el personal incorporado en virtud de la supresión del DAS y, en tal sentido, carecen de autoridad administrativa responsable para su atención.

Agregó que la situación laboral de la actora debe ser atendida por la Fiscalía General de la Nación, entidad a la que fue incorporada con ocasión de la supresión del DAS.

Adujo que a partir del mes de febrero de 2016 es la Fiduprevisora S. A. la encargada de atender los procesos judiciales y trámites relacionados con la competencia residual asignada a la agencia *«...entre los cuales se encuentra el proceso judicial que ocupa la*

---

<sup>4</sup> Para tal efecto hizo referencia a la Ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Y Decreto 1303 de 2014, artículos 7 y 9.





*atención del despacho*». Por lo que, de forma subsidiaria, solicitó su vinculación.

Sostuvo que la solicitud de amparo carece de fundamentos fácticos y constituye un imposible jurídico, puesto que la acción de tutela no puede convertirse en una tercera instancia.

## **6. Trámite posterior en primera instancia**

De conformidad con la solicitud presentada por la ANDJE con su contestación, mediante auto del 12 de febrero de 2018 se ordenó la vinculación de la Fiduprevisora S. A.<sup>5</sup>, la cual con escrito recibido electrónicamente el 22 de febrero de la misma anualidad contestó bajo el siguiente sustento:

Precisó que a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en su artículo 238, se dispuso que la Fiduprevisora S. A., sería la encargada de atender los procesos judiciales y reclamaciones administrativas relacionadas con el extinto DAS.

Sostuvo que la parte demandante no puede utilizar este mecanismo constitucional para coartar la independencia judicial, puesto que la demandante citó textualmente los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por lo que, a su juicio, lo que pretende la accionante es una revisión sustancial de la decisión del juez natural.

Indicó que la demandante puede demandar la providencia acusada a través del recurso extraordinario de revisión, pues sus fundamentos se centran en cuestionar la indebida valoración normativa que se plasmó en la decisión demandada.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de

---

<sup>5</sup> Folio 94 y vuelta.



1991 y 1069 de 2015.

## **2. Cuestión previa**

Con su contestación la ANDJE solicitó su desvinculación, puesto que a partir de febrero de 2016 es la Fiduprevisora S. A. la encargada de atender los procesos judiciales y trámites relacionados con la competencia residual asignada a la agencia.

Para la Sala, no resulta procedente dicha petición, puesto que fue vinculada en calidad de tercero por ostentar la calidad de sucesor procesal del extinto DAS para la época de los hechos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1303 de 2014.

Con la citada norma se le atribuyó a la agencia una competencia residual de todos aquellos casos que no guardaran relación con la función trasladada a las entidades receptoras o con el personal incorporado en virtud de la supresión del aludido departamento administrativo.

Como se advierte que existe una justificación para mantener a la referida entidad vinculada como tercero interesado, se negará lo solicitado.

## **3. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar, en el presente evento, si la autoridad judicial demandada vulneró con su providencia las garantías constitucionales de la accionante, por incurrir una violación directa de la Constitución Política, al confirmar la decisión que negó el reconocimiento de la prima de riesgo con carácter salarial percibida como contraprestación de sus servicios, así como la reliquidación sus prestaciones sociales devengadas para el periodo 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011 con inclusión de dicho emolumento.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de



encontrarse superados los requisitos adjetivos de procedencia, se estudiará, iii) el fondo del reclamo.

### **3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>6</sup>, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>7</sup>, conforme al cual:

*«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»<sup>8</sup>.*

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>7</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>8</sup> *Ibidem*.



Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**...».

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>9</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez y **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

---

<sup>9</sup> Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.



Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

#### **4. Examen de los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales. Procedencia adjetiva**

Para comenzar el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la sentencia cuestionada se profirió dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. De manera que, se cumple el requisito de que no se trate de tutela contra tutela.

Asimismo, se advierte que no existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario para controvertirla, ya que se demanda la sentencia de segunda instancia emitida dentro del referido medio de control.

Tampoco se observa que los reproches formulados por la tutelante tengan identidad con las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión o el de unificación de jurisprudencia.

Lo anterior, por cuanto para la Fiscalía General de la Nación y la Fiduprevisora S. A., en calidad de vinculados se opusieron a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que es improcedente al considerar, ambas, que la demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es el recurso extraordinario de revisión, consagrado en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011.

Al respecto, no se advierte la configuración de alguna causal que haga procedente dicho medio de defensa extraordinario, toda vez que en el presente asunto no se discute la existencia de alguna



prueba encontrada o recobrada después de dictarse la sentencia, ni se alega falsedad de documentos, o de un dictamen pericial emitido por perito condenado penalmente, o que medie algún tipo de violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia, o alguna incongruencia entre lo solicitado y lo fallado, o que aparezca una persona con mejor derecho o que se controvierta la aptitud legal para ser titular de una prestación periódica o la configuración de cosa juzgada.

Asimismo, tampoco se advierte la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia de conformidad con el artículo 256 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en razón a que no se cumple con la cuantía señalada en el artículo 257 *ibidem*.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala advierte que se cumple porque la providencia de segunda instancia cuestionada fue proferida el 19 de julio de 2017, se notificó electrónicamente el 21 de julio de la misma anualidad, por lo que cobró ejecutoria 3 días después de notificadas<sup>10</sup>, mientras que la solicitud de amparo fue radicada el 11 de enero de 2017, es decir, un poco más de 5 meses después de que dicha decisión cobrara ejecutoria, lo que implica un pronto ejercicio de la tutela.

Así las cosas, como la presente solicitud de amparo superó los requisitos generales de procedibilidad de la tutela, la Sala resolverá si se vulneraron o no los derechos fundamentales invocados.

## **5. Estudio de fondo del caso**

La parte demandante sostuvo que se vulneraron sus garantías constitucionales, pues, a su juicio, con la providencia del 19 de julio de 2017, se incurrió en una violación directa de la Constitución Política, al negar el reconocimiento de la prima de riesgo con carácter salarial percibida como contraprestación de sus servicios, así como la reliquidación sus prestaciones sociales devengadas para el periodo 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011 con inclusión de dicho emolumento.

<sup>10</sup> Conforme lo establece el artículo 302 del Código General del Proceso.



Al respecto, la Sala encuentra que con la demanda ordinaria, la accionante solicitó el reconocimiento de la prima de riesgo equivalente al 15% de su asignación básica mensual con carácter salarial, para todos los efectos legales, por considerarse contraprestación directa del servicio y, por ende, se ordene reconocer, reliquidar y pagar las diferencias que resulten en las siguientes prestaciones sociales causadas en su favor, por la relación laboral existente durante el periodo del 28 de junio de 1991 al 31 de diciembre de 2011: Bonificación por servicios prestados y por recreación, primas de servicios, vacaciones, navidad y clima, auxilios de alimentación, transporte y cesantías, viáticos, sueldo y factores por vacaciones.

A su vez, el Tribunal demandado al confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda ordinaria, consideró que dicho emolumento, por prohibición expresa legal, no constituía factor salarial para efectos prestacionales, distintos de aquellos de naturaleza pensional.

Asimismo, se indicó con la decisión demandada que de conformidad con el criterio unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, plasmado en la sentencia del 1° de agosto de 2013, emitida dentro del expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01, dicho emolumento sí tenía carácter salarial, pero solo para determinar el ingreso base pensional.

A su vez, la autoridad judicial demandada precisó que de ninguna manera se encontraba afectado el derecho al trabajo ni la situación más favorable de la demandante, puesto que era la misma Ley<sup>11</sup> la que excluía la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las demás prestaciones sociales, distintas de las pensiones.

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

<sup>11</sup> Al referirse al artículo 3° del Decreto 2646 de 1994, por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.



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<sup>12</sup>.

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, así:

*«... con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez*

---

<sup>12</sup> Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.





*de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación... ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*

...

*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 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 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.

En consecuencia, la Sala no encuentra vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues el Tribunal demandado analizó de fondo la controversia suscitada entre las partes, para concluir que no había lugar a acceder al reconocimiento de la prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales causadas a su favor durante el periodo que laboró en el extinto DAS, todas ellas de naturaleza periódica distinta a la que pudiera tener de orden pensional.

En consecuencia, se negará el amparo solicitado, puesto que se desvirtúa la existencia del defecto invocado con la solicitud de amparo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO:** Niegáse la solicitud de desvinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Niégase la acción de tutela presentada por la señora Lilia Amparo Becerra Tarazona, por las razones anotadas en precedencia.



**TERCERO:** Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** Si en el término de 3 días siguientes a su notificación no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el proceso que fue remitido en préstamo al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ROCÍO ARAUJO OÑATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBÍO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

