

**PENSION DE JUBILACION – Régimen especial para empleados del Departamento Administrativo de Seguridad / PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Régimen especial / DETECTIVE DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Tiene derecho a percibir la prima de riesgo / PRIMA DE RIESGO – Creación. No constituye factor salarial / PRIMA DE RIESGO – Debe incluirse en la liquidación de la pensión / LIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION – Debe incluir prima de toda especie incluida la prima de riesgo / LIQUIDACION PENSIONAL – Incluida la prima de riesgo por ser percibida durante el último año de servicio**

A pesar de que las normas citadas expresamente excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, de la lectura del artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso *sub lite*, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y los que lo adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a los que este Decreto establece. Lo anterior evidencia, que si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es, que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tomada en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación del demandante. La prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios – entre esos los detectives del D.A.S.- que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada la prima en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que desdibujan el concepto *per se* de la citada prima para convertirla en salario.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1933 DE 1989 – ARTICULO 139 /  
DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 73

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**  
**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., siete (07) de abril dos mil once (2011)

**Radicación número: 76001-2331-000-2007-00249-01(0953 – 2010)**

**Actor: EDGAR OSORIO RIVAS**

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Actor, en contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2010 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró no probadas las excepciones de inconstitucionalidad y la innominada propuesta por la demandada y negó las pretensiones.

**ANTECEDENTES**

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la demandante solicitó al Tribunal que declare nulo el acto administrativo No. 09361, que resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo del silencio negativo originado en la petición 25 de junio de 2003, que desconoció el reconocimiento y pago de la prima de riesgo

establecida en el Decreto 1933 de 1989 artículo 4, Decreto 1137 de 2 de junio de 1994 y Decreto 2646 de 1994, a partir del 1 de enero de 1994.

Así mismo, que se declare la nulidad del acto ficto o presunto procedente del silencio administrativo negativo declarado en el artículo 1 de la Resolución No. 0936, por medio del cual se resolvió un recurso de apelación contra el acto administrativo del silencio administrativo negativo originado en la petición del 25 de junio de 2003, que buscó el reconocimiento y pago de la prima de riesgo.

A título de restablecimiento, solicitó se ordene a CAJANAL, reajustar la pensión especial de jubilación otorgada mediante la Resolución No. 005633 del 28 de junio de 1995 al señor Edgar Osorio Rivas, en consecuencia se paguen por este concepto los mayores valores adeudados a la pensión de jubilación.

Además, que se le de cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como **fundamentos de hecho**, relató el actor, que ingresó a trabajar al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., el 7 de febrero de 1968, hasta el 30 de julio de 1995 ejerciendo el cargo de Detective.

Por medio de la Resolución No. 005633 del 28 de junio de 1995, CAJANAL le reconoció la pensión vitalicia por vejez o jubilación a partir

del 1 de enero de 1994, de conformidad con el régimen especial para los servidores del D.A.S. es decir, con 20 años de servicio a cualquier edad, pero sin tenerle en cuenta todos los factores devengados.

El Decreto 1933 de 1989 estableció en su artículo 4 una prima de riesgos para los empleados del D. A.S. en un diez por ciento (10%) de su asignación básica, el cual no fue tenido en cuenta en el promedio de la jubilación, como tampoco la prima de riesgo del 30% contemplada en el Decreto 1137 del 2 de junio de 1994 y el 5% establecida en el Decreto 2646 de 1994 artículos 1 y 2. En cada una de ellas se señalan los factores pertinentes.

Aduce, que en la liquidación se ignoró como cotización el 8.5% ordenado en el artículo 2 del Decreto 1835 de 1994 en las actividades de alto riesgo del D.A.S., regulado para el personal de detectives en sus distintos grados denominaciones de especializado, profesional y agente, que modifican sustancialmente el porcentaje del incremento base de liquidación.

Afirma, que el D.A.S le canceló al demandante durante la prestación del servicio, la prima de riesgo en forma periódica y reiterada, pero no aportó por ese factor, según lo manifestó CAJANAL.

Que el recurso de apelación fue resuelto mediante acto No. 09331 y notificado el 24 d enero.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Citó como vulneradas de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 21, 25, 48, 53 y 57.

Art. 27 del Decreto 3135 de 1968; 73 del Decreto 1848 de 1969; art. 1 inciso 2 de la Ley 35 de 1985; artículos 1, 4 y 10 inciso 2 de a Ley 35 de 1985; art. 1 del Decreto 1137 del 2 de junio de 1994; artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994; artículo 3 literal a, c, e, de la Ley 4 de 1992; artículos 11, 18, 21, 36 y 279 de la Ley 100 de 1993; artículos 2 y 4 del Decreto Reglamentario 1835 de 1995; artículo 7 del Decreto Ley 2400 de 1968; Ley 200 de 1995 y artículo 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994.

Como desarrollo al concepto de violación manifestó, que los actos demandados violaron lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 que ordena pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio; así como también el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, porque no se le tuvo en cuenta el prima de riesgo establecida en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, Decreto 1137 de 2 de julio de 1994 y en Decreto 2646 de 1994, artículos 1 y 2.

Manifiesta que la reliquidación de la pensión no debe hacerse con base en la Ley 33 de 1985, porque la misma establece que no estarán sujetos a la regla general los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que expresamente determine la ley y los que disfrutaran de un régimen especial, como los detectives conforme a lo dispuesto en el artículo 10 inciso 2 del Decreto 1047.

En conclusión, que no se le dio aplicación al artículo 2 Y 4 del Decreto 1835 de 1994, cuando establece la actividad de alto riesgo del detective del DAS y el régimen de transición que dispone que los funcionarios que laboran en esas actividades y que estuvieren vinculados antes de su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables sobre la edad, número de semanas y el monto de la pensión.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad DAS se opone a todas las pretensiones y solicita que sean negadas. Suplica la aplicación de la prescripción de las mesadas pensionales.

Afirma, que la liquidación de la pensión se hizo con base en el Decreto 1047 de 1978 y el Decreto 1933 de 1989, pero considerando lo estipulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo que concierne a los factores salariales, toda vez que el actor adquirió su estatus pensional en vigencia de tales leyes.

Reitera que la prima de riesgo no se encuentra contemplado como factor salarial en las leyes mencionadas; que el régimen especial de pensiones para los servidores del DAS, es la ley 33 de 1985 y por tanto son los factores señalados en ella, los aplicables. Que estos factores son restrictivos teniendo en cuenta la vinculación del funcionario, una interpretación distinta expone, es contraproducente para el principio de sostenibilidad presupuestal contenido en el Acto Legislativo NO. 01 de 2005,

ya que debe existir congruencia entre los aportes y cotizaciones, de tal manera que antes de recibir se debe cotizar.

Propone las excepciones de inconstitucionalidad soportada en la incompatibilidad que se genera entre el reajuste pensional y la Constitución Política de 1991 y en especial frente al inciso 6 del Acto Legislativo No. 1 de 2005 y la excepción de cosa juzgada objetiva, fundamentada en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso similar dirimió con suficiencia todo lo concerniente a la solicitud de inclusión de nuevos factores, para concluir que al ser aplicables la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993, los factores salariales a computar son los allí enlistados.

Finalmente agrega, que las pretensiones violan el principio de legalidad, sostenibilidad presupuestal, solidaridad; además de la expresión monto y el concepto salario.

## **LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió las excepciones propuestas con el fondo del asunto declarándolas no probadas.

Fundamentó su negativa en la jurisprudencia de la Sección<sup>1</sup> y en que el reconocimiento de la pensión del actor se realizó bajo los

---

<sup>1</sup> Radicación No. 25000-23-25-000-2002-04131 (2530-04) de 7 de julio de 2005 M.P. Ana Margarita Olaya y sentencia con radicado No. 25000-23-25-000-2003-09101-01 (843805) M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

parámetros de las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1933 de 1989 en los cuales no se encuentra incluida la prima de riesgo como factor salarial y además, por no encontrarse este concepto en el régimen específico que regula su situación.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La actora sustenta la alzada, en que la pensión de jubilación de los servidores públicos contemplados en el artículo 1 del Decreto 1933 de 1989 se liquida con el 75% del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en armonía con el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, que dispone que la pensión se liquidará con el promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio por el empleado oficial y que el D.A.S. no canceló la cotización sobre el valor de la prima de riesgo fijada en un 8.5% al no considerarlo factor salarial.

Reitera los demás argumentos expuestos en la demanda.

### **Concepto del Ministerio Público**

Solicita se confirme la sentencia proferida por el Tribunal del Valle del Cauca porque el Decreto 2646 de 1994, dispone que la prima de riesgo no constituye factor salarial y tampoco está enlistado en el artículo 18 del Decreto 1933, para tal efecto.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico**

Se centra en establecer, si es procedente incluir la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de la pensión de jubilación del señor Edgar Osorio Rivas.

Para resolverlo se revisará la normatividad aplicable a su régimen pensional y los cánones que regulan la prima de riesgo.

### **Actos Acusados**

El acto demandado responde al número 09361 notificado el 24 de enero de 2007, que resolvió el recurso de apelación contra el acto del silencio administrativo negativo originado en la petición del 25 de junio de 2003, que pretendió el reconocimiento y pago de la prima de riesgo; y el acto ficto o presunto procedente del silencio administrativo negativo declarado en el artículo 1 de la Resolución citada.

### **De lo probado**

El marco fáctico que envuelve las pretensiones está soportado así:

La vinculación del actor como empleado del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., por 27 años, cinco meses, cinco días, comprendidos entre el 07 de febrero de 1968 al 30 de julio de 1995 (fl. 2 cdno de pruebas), a quien la Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 005633 del 28 de junio de 1995, le reconoció el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por haber laborado más de 20 años al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., (9.305 días), como Detective especializado 206-16 dependiente de la seccional Cauca a partir del 31 de julio de 1995 (ver folio 02)

Que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con más de 40 años de edad, como quiera que nació el 15 de abril de 1939 y llevaba 27 años, 5 meses y 23 días laborando en el servicio de la Institución.

En la liquidación incluyeron como factores: la asignación básica, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de antigüedad.

Promedia el valor de la pensión con base en la Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1985, Ley 62 del mismo año, Decretos 81 de 1976, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 01 de 1984, y Decreto 1047 de 1978, arts. 1 y 2 (fl. 3)

Los actos demandados, que reconocen el acto ficto y niegan la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, se soportan en que no se encuentra contemplada como tal en el Decreto 1933 de 1989. (fl.19-21)

Copia simple de lo devengado por el actor durante los años 94 y 95, en la cual se incluye la prima de riesgo (fl. 23)

## **El régimen pensional del actor**

El régimen pensional de los servidores del D.A.S. fue articulado entre otras normas con la ley 33 de 1985 y las reglas especiales aplicables a tales funcionarios como son, el Decreto 1047 de 1978 y el Decreto 1933 de 1989.

Efectivamente, dado que el señor Edgar Osorio Rivas se encontraba en régimen de transición porque nació el 15 de abril de 1939, es decir, tenía 55 años al 1 de abril de 1994 y 26 años de servicio, en principio era viable conforme a la Ley 33 y 62 de 1985 en armonía con el artículo 1 del Decreto 1933 de 1989, liquidar su pensión sobre el promedio del último año de servicios y en porcentaje del 75%, conforme a los factores de liquidación allí enlistados, sin incluirle en tal liquidación la prima de riesgo que recibió periódicamente con su salario, lo que constituye el problema jurídico planteado y que pasará a resolverse.

## **Sobre la prima de Riesgo**

La prima de Riesgo tuvo su origen en el Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, disposición general mediante la cual se reglamentó el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, la cual dispuso que los funcionarios pertenecientes a las áreas de la 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 de antiexplosivos,

*“tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica”.*

Posteriormente, el Decreto 132 de 17 de enero de 1994, otorgó a los servidores públicos que prestan servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, *“la cual no tendrá carácter salarial”.*

Luego el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creo una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores quienes *“tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual”*

El inciso 2° del artículo 1° señaló:

**“Esta prima no constituye factor salarial** y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994” (negrillas de la Sala)

Ahora, el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, en su artículo 1° preceptuó que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores *“tendrán derecho a percibir*

*mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual."*

Así mismo, en el artículo 4to de la norma en mención se indicó:

***“La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata los artículos 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994” (negrilla fuera de texto)***

En el mismo año (1994) se dictó el Decreto 1835 de 3 de agosto que desarrollo el artículo 140 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup> y clasificó las actividades de alto riesgo en las entidades públicas e incluyó el D.A.S:

**ARTICULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO.** *En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:*

*(...)*

*En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS:*

*Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.*

*(...)*

A su vez en el artículo 4 del mismo Decreto se contempló el régimen de transición para los empleados vinculados antes del 3 de agosto de 1994 así:

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** *De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos. El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.*

**ARTICULO 4o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** *<Artículo corregido por el artículo 1o. del Decreto 898 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.*

*Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.*

El artículo 12 de la misma norma dispuso que las entidades allí enlistadas, entre ellas el D.A.S., debían cotizar exclusivamente a su cargo un 8.5% más por las actividades de alto riesgo de la siguiente manera:

**ARTICULO 12. MONTO DE LAS COTIZACIONES.** *El monto de la cotización para las actividades de alto riesgo de que trata este Decreto, es el previsto para el sistema general de pensiones por la Ley 100 de 1993 más 6 puntos adicionales, a cargo exclusivo de la entidad empleadora, en el caso de la rama judicial y el Ministerio Público, y de 8.5 puntos adicionales a cargo exclusivo de las demás entidades empleadoras de que trata este Decreto.*

*Cuando se trate de afiliados beneficiados por los regímenes de transición especiales descritos en los artículos 4o., 7o., 9o. y 10 de este Decreto, el régimen de cotizaciones será el ordinario, señalado para pensiones por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, excepto cuando el servidor público desarrolle cualquiera de las actividades de alto riesgo señaladas en artículo 2o. del presente Decreto, en cuyo caso se causarán las cotizaciones especiales adicionales antes señaladas*

De lo expuesto puede concluirse, que el actor en su calidad de detective de una entidad que cumple actividades de alto riesgo, tenía derecho a percibir la prima cuestionada como efectivamente la reconoció la entidad durante el último año de servicios (ver folios 23), pero también a obtener por ese concepto un 8.5% de la cotización que ordenó la norma y que por tal efecto debió hacer el D.A.S.

De lo dicho emergen los argumentos que darán lugar a la revocatoria de la sentencia recurrida y por ende a la nulidad de los actos demandados y al restablecimiento requerido, como pasa a señalarse:

1. A pesar de que las normas citadas expresamente excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, de la lectura del artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989<sup>3</sup>, norma aplicable al caso *sub lite*, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y los que lo adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a los que este Decreto establece.

Es así como el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, expresamente estableció:

---

<sup>3</sup> ARTICULO 1°. NORMA GENERAL. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este Decreto establece.

*“CUANTÍA DE LA PENSIÓN.*

*El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento del promedio de los salarios y **primas de toda especie percibidos** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin.” (negrillas de la Sala)*

*(Lo subrayado fue declarado nulo, Sent. C de E. Junio de 1980)*

Lo anterior evidencia, que si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es, que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante<sup>4</sup>.

2. La prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios – entre esos los detectives del D.A.S.- que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada la prima en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que desdibujan el concepto *per se* de la citada prima para convertirla en salario.

---

<sup>4</sup> Esta sección con ponencia de este Despacho ya había sostenido esta tesis en el radicado interno No. 0568-08, Actor: José Luis Martínez Arteaga

Esta Corporación reiteradamente ha definido el salario de la siguiente manera:

*“constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios<sup>5</sup>.”*

3. El Decreto 1835 de 2004 expresamente ordenó para el sistema general de pensiones, que el D.A.S cotizara el 8.5% más por la actividad de alto riesgo.

4. Recientemente la Sección Segunda<sup>6</sup> sostuvo que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les de, tales como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se

---

<sup>5</sup> Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. 1393 de 18 de julio de 1992

<sup>6</sup> Rad. interna # 0112 de 2009, Actor: Luis Mario Velandia. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio.

### **Caso concreto**

Como se señaló en el aserto correspondiente, los factores a tenerse en cuenta son los establecidos en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 por expresa remisión del artículo 1 del Decreto 1933, por ende, importa en el *sub lite* conforme a lo expuesto verificar si al señor Edgar Osorio Rivas, le fue cancelada la prima de riesgo en el último año de servicios, esto es, desde agosto de 1994 a julio de 1995.

A folio 23 se observa una copia simple –que no fue controvertida por la demandada- de los factores devengados por el actor entre 1994 y 1995, en donde se certifica que efectivamente por prima de riesgo le cancelaron desde agosto hasta diciembre de 1994, la suma de \$ 139.841.00 y desde enero de 1995 hasta julio del mismo año, la suma de \$ 192.514.00; de manera que la Sala ordenará reliquidar el derecho pensional del demandante reconocido mediante la Resolución No. 005633 de 28 de junio de 1995, efectiva a partir del 1 de enero de 1994, para que se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo, valor sobre el cual hará el descuento proporcional para la entidad de previsión correspondiente, independientemente del porcentaje del 8.5% que debió cotizar el empleador.

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

## **F A L L A :**

**REVÓCASE** la sentencia de 11 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso incoado por Edgar Osorio Rivas, contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- y en su lugar dispone:

**PRIMERO.- DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 09361 del 20 de octubre de 2006, que declaró el silencio administrativo negativo y confirmó el acto ficto o presunto; y del acto ficto o presunto, que negó la inclusión del reconocimiento y pago de la prima de riesgo.

**SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho** se ordenará reliquidar a partir del 1 de enero de 1994 la pensión reconocida mediante la Resolución No. 005633 del 28 de julio de 1995 al señor Edgar Osorio Rivas, para que se incluya como factor salarial la prima de riesgo de acuerdo al valor cancelado durante el último año de servicios, sobre el cual se hará el reconocimiento pertinente a CAJANAL o quien haga sus veces, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO.-** A la sentencia se le dará aplicación conforme a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.**

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**2010)**

**EXPEDIENTE N° 7600 12331 000 2007 00249 01 (0953 –**

**ACTOR: EDGAR OSORIO RIVAS**