



Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) diciembre de Dos Mil Diecisiete (2017)

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-012-2014-00065-01
Demandante	ALEXIS DE ÁVILA PEÑA
Demandado	FIDUPREVISORA S.A. (sucesor procesal) DAS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Prima de Riesgo - factor salarial

I. PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandada, contra la sentencia del 27 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se condenó a la Fiduciaria La Previsora S.A. a reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ALEXIS DE ÁVILA PEÑA, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como sucesor procesal de la NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS (SUPRIMIDO)

2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor ALEXIS DE ÁVILA PEÑA, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo número E-2310-18-2013317597, notificado el 10/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo"

¹ Folios 1-16 Cuaderno No. 1

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones,

2.4. Pretensiones

"PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4º del decreto Nro. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos sobre las normas laborales, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310, 18-201317597, notificado el 10/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

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

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

CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada."

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El accionante laboró al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS entre el 15 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2011, ocupando el cargo de guardián 04 del Área Operativa y devengando la suma de \$ 938.768.00 como asignación básica.

Estando al servicio del DAS, mensualmente le era pagada una prima denominada "prima de riesgo", ordenada por el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada por los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994. Las normas que consagran la creación de la prima señalan no desconocen su naturaleza salarial, y colocan como única limitación el que no concorra con la prima de orden público.



El Decreto 2646 de 1994 establece las categorías de cargos en el DAS con derecho a percibir la prima con carácter permanente y en forma mensual la prima de riesgo, al tiempo que determina el porcentaje de la asignación básica para su reliquidación. Este decreto se extralimitó al indicar que la prima de riesgo no se constituye como factor salarial, desconociendo el derecho adquirido y contemplado por el Decreto 1933 de 1989.

La prima de riesgo percibida por el accionante era equivalente a un 30% de su asignación básica mensual.

Durante toda la relación laboral, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD liquidó las primas y prestaciones sociales sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que debe ser incorporada como factor salarial y reliquidadas las prestaciones periódicas relacionadas, así como tampoco ha proferido acto administrativo que dé cuenta de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales por retiro.

Que elevó reclamación administrativa dirigida al DAS en proceso de supresión el 30 de septiembre de 2013, se solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como son las primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses de cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.

En el acto administrativo particular número E-2310,18-201317597 notificado el 10 de octubre de 2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y en el mismo no se le indicó cuáles recursos procedían, quedando agotada la vía gubernativa.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

Constitución Política	:	Artículos 4, 53 y 93
Código Sustantivo de trabajo	:	Artículo 127

Como cargo de nulidad del acto administrativo ha sido propuesto el de violación de las normas en las que debería fundarse. Considera que la interpretación restrictiva que se ha dado al concepto de salario resulta en contradicción de la jurisprudencia e invoca diversos pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional² como del Consejo de Estado³ sobre el particular.

² Corte Constitucional – Sentencia SU-995 de 1999.



En esencia, considera que la prima de riesgo al tratarse de un emolumento devengado en forma permanente, habitual y como contraprestación por la prestación del servicio y a favor de todos los servidores del DAS, se hace necesario tenerle como factor salarial incluso para efectos prestacionales. Ello ha sido reconocido por el Consejo de Estado³ para efecto de tener en cuenta la prima de riesgo como parte del IBL para efecto de la liquidación del monto de las pensiones de los servidores del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD.

El carácter salarial de la prima de riesgo ha sido igualmente reconocido por la Sala de Consulta y servicio Civil en concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002.

En consecuencia, el Artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 debe ser inaplicable en tanto resulta incompatible con la Constitución Política.

Al tenerse en cuenta la evolución normativa de la Prima de Riesgo, se observa que el Decreto 1933 de 1994 no la excluyó como constitutiva de salario.

Lo dispuesto en los decretos 132, 1137 y 2646 de 1994 al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, vulneran el principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos que contempla el Artículo 58, así como la prohibición que establece el Artículo 53 de extinguir los derechos adquiridos mediante leyes posteriores.

En virtud de lo anterior, se configura la posibilidad de la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad en los términos del Artículo 4 de la Constitución Política.

Tal incongruencia incluso se evidencia en el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011 "Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones", que reconoce tácitamente el carácter salarial de la prima de riesgo al punto de incorporarla en la asignación básica, constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales y así no desmejorar las condiciones salariales del personal que se habría de incorporar a las entidades receptoras.

2.7. Contestación de la Demanda⁵

La demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS EN SUPRESIÓN" contestó la demanda, argumentando lo siguiente:

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN. Radicado 76001-23-31-000-2007-00249-01 (0953-10)

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11)

⁵ Folio 50-64 Cuaderno No. 1



Con relación a los hechos manifiesta que no le constan y se atiene a lo probado y se opone a las pretensiones, porque la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Razones de la Defensa

De acuerdo al decreto 2646 de 1994, el decreto 1933 de 1989 y el decreto 1137 de 1994, la prima de riesgo, no se incluyó como factor salarial, a pesar de constituirse de manera habitual y periódica, no constituía per se en un factor salarial, en virtud de lo dispuesto en la ley.

Que la prima de riesgo sobre la pensión de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de jubilación, más no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones; sea contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia C- 279 de 1996.

Excepciones

- Inepta Demanda por inexistencia del acto administrativo

Que mediante Acto Administrativo No. E-2310,18-201317597 el extinto DAS, el 10 de octubre de 2013, negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales, porque de lo contrario estaría en contravía de los preceptos normativos y legales.

Que el demandante acudió a un derecho de petición para que la entidad le reconociera y le liquidara como factor salarial, la prima de riesgo plurimencionada, cuando existían unos procedimientos establecidos para la obtención de los objetivos buscados por el mismo, procedimiento que resulta improcedente del silencio administrativo negativo, que manifiesta el demandante se produjo por la no contestación de su derecho de petición y del cual se pide su nulidad, no es un acto definitivo, ni es de aquellos contra los cuales se pueda accionar por vía administrativa, por el principio de la especialidad de la competencia. En conclusión, el acto acusado, no reúne los presupuestos necesarios para que se considere un acto administrativo definitivo, por el contrario es un acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional.



- Caducidad

Dentro de la oportunidad procesal, probaran que el acto administrativo definitivo mediante el cual se reconoció y cancelaron las prestaciones sociales al accionante, contra el cual debió incoarse administrativamente fue emitido y comunicado y/o notificado con mucha antelación al término establecido de cuatro meses.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva

Explicando que no está obligada a reconocer ningún otro emolumento laboral, en virtud que la misma no constituye factor salarial.

- Falta de Interés para pedir

No le asiste razones fácticas ni jurídicas a la demandante para solicitar el incremento de las prestaciones sociales, por cuanto ya se dijo, la Prima de Riesgo no constituye factor salarial.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

La Juez de primera instancia teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, encontró que resulta procedente reconocer el carácter salarial a la prima de riesgo devengada por los servidores del DAS; en consecuencia, al confrontar el contenido del Oficio No. E-2310,18-201317597 de 10 de octubre de 2013, con las disposiciones que se invocan como vulneradas, tuvo por configurado el cargo de nulidad de violación de norma superior.

Al estar probado el cargo de nulidad, se accedió a la pretensión correspondiente de la demanda y a título de restablecimiento del derecho, se ordenó a la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocero del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A.- Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS y su Fondo Rotatorio y de su beneficiaria la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante, incluyendo la prima de riesgos, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS desde el 30 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2011, por haber operado el fenómeno prescriptivo, salvo lo correspondiente a las cesantías sobre las cuales no es aplicable.

⁶ Folios 281-287



IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante⁷. Mediante auto de 17 de Marzo de 2017⁸, no se admitió el recurso de apelación

Fiduprevisora S.A⁹. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la sentencia C- 590 de 2005, configurándose un defecto sustantivo, puesto que los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es absoluta, por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido principalmente por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al Estado Social de Derecho. Con fundamento en lo anterior, el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exegesis por el juez resulta a todas luces improcedente.

Indica que la sentencia recurrida adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la Prima de Riesgo no constituía factor salarial; como se advierte en la sentencia la determinación que el Consejo de Estado toma como referencia la prima de riesgo como factor salarial para la pensión, la hizo extensiva aduciendo que el mismo razonamiento que hizo el alto tribunal contencioso para la pensiones, es perfectamente aplicable para las prestaciones y ese fue el argumento para implicar las normas contenidas en los decretos que crearon y reglamentaron la prima de riesgo.

Finalmente solicita se revoque íntegramente, el fallo de 27 de junio de 2016, proferido por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Con un acápite especial explica que el Gobierno expidió el Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, por medio del cual reglamentó el Decreto 4057 de 2011, definiendo entre otros, las entidades que recibirían los procesos judiciales, los archivos, los bienes afectos a los mismos, así como otros aspectos propios del cierre definitivo del proceso de supresión. Que mediante la Ley 1753 de 2015, en su artículo 238 se dispuso que la Fiduprevisora será la encargada de atender los procesos judiciales y reclamaciones administrativas relacionadas con el extinto DAS.

⁷ Folios 299-300 Cuaderno No. 2

⁸ Folio 5 cuaderno segunda instancia

⁹ Folios 301- 314 Cuaderno No. 2

Que el señor Alexis de Ávila Peña, fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, por tal circunstancia, la A quo debió decretar la sucesión procesal del extinto DAS en cabeza del ente en mención; pero la juez mediante auto de 23 de febrero de 2016 resolvió un recurso de reposición presentado contra la decisión, en virtud del cual se ordenó desvincular a la Fiscalía General de la Nación y se reconoció como sucesor procesal a la Agencia nacional de defensa jurídica del Estado, tomando como base el fallo proferido por el Consejo de Estado, siendo que esa decisión se adoptó en un proceso de reparación directa, por parte de la sección tercera del alto tribunal contencioso, pero en este caso es una nulidad y restablecimiento del derecho, donde el actor fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, lo que se originó fue una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por auto del 17 de marzo de 2017¹⁰, mediante auto de 27 de Abril de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión¹¹.

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante¹²: Reitera los argumentos esbozados en la demanda, concluyendo que la prima de riesgo de los servidores del DAS, es constitutiva de salario por ser percibida de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por los servicios del trabajador, que la hacen ser considerada factor salarial.

6.2. Parte Demandada¹³: Insiste en los argumentos expuesto en el recurso de apelación, enfatizando en el hecho que el A quo, no tuvo en cuenta los planteamientos jurídicos esbozados por la entidad.

6.3. Ministerio Público¹⁴: El Agente del Ministerio Público rindió concepto el 12 de junio de 2017, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, pero el mismo se presentó de manera extemporánea atendiendo que el término venció el 30 de mayo de 2017.

¹⁰ Folio 5 Cuaderno de 2ª Instancia

¹¹ Folio 10 Cuaderno de 2ª Instancia

¹² Folios 12 Ibidem

¹³ Folios 13-21 Cuaderno de 2ª Instancia

¹⁴ Folios 22-24



VII. CONSIDERACIONES

7.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con sentencia de primera instancia la cual fue apelada.

El estudio de la Sala, se contraerá solo y en cuanto respecta al objeto de la apelación.

7.2. Actos administrativos demandados.

- Nulidad del acto administrativo número E- 2310-18-201317597, mediante el cual se negó la prima de riesgo.

7.3. Problema Jurídico.

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad del acto acusado y se ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del demandante, incluyendo la prima de riesgo y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación, es decir, que dicha prima no constituye factor salarial, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Si el demandante tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo?

7.4 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia recurrida se confirmará, toda vez que se comparte los argumentos de la providencia, donde se decreta la nulidad del acto acusado, puesto que la prima de riesgo por ser un factor salarial, debe ser incluida en la liquidación de las prestaciones sociales del demandante, así como lo ha señalado la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado y se adicionará, en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados



en el proceso, a saber: (i) antecedente jurisprudencial y normativo sobre la prima riesgo, (ii) caso concreto; (iii) conclusión.

7.5. Antecedente jurisprudencial y normativo sobre la prima de riesgo

7.5.1. Normatividad

La prima de riesgo para los empleados del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD fue creada por el Decreto 1933 de 1989. En su Artículo 4 el mencionado Decreto dispuso:

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

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

El Decreto 1137 de 1994 por su parte dispuso en su Artículo 1 lo siguientes:

"Artículo 1° 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 2°, 3°, y 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994."

El Decreto 2646 de 1994 dispuso lo siguiente:

"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 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."

El análisis de estas disposiciones permite concluir que la prima de riesgo inicialmente fue reconocida al personal que estaba desempeñando tareas operativas y con el tiempo se extendió a la totalidad del personal, quedando solamente diferencias en cuanto al porcentaje. La norma prevé que la prima de riesgo tiene dos características que resultan relevantes al momento de definir su naturaleza, su carácter mensual y su carácter permanente.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la prima de riesgo se reconocía a un determinado grupo de servidores públicos en virtud de la labor cumplida, sin consideraciones subjetivas o de otra naturaleza distinta a la naturaleza de su servicio.

Aunque se haya definido en el Inciso final del Artículo 1º del Decreto 1137 de 1994 y el Artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 que la prima de riesgo no tendría un carácter salarial, ello no puede desconocer el principio de primacía de la realidad a efecto de desnaturalizar una determinada prestación.

7.5.2. Jurisprudencia

Por su parte el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁵, se refiere sobre el carácter salarial de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de la mesada pensional. Se procede citar el siguiente aparte:

"En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales¹⁶,

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que **la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.**

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala **no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.**

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹⁷ estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque **las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo."**¹⁸

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de

¹⁷«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos.»

¹⁸ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.



riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores." (Negritas y subrayas fuera del texto).

Dicha providencia, incluye la prima de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación de la pensión de los detectives que se rigen por el régimen especial, precisándose que con posterioridad a esta sentencia de unificación no se ha proferido ningún cambio jurisprudencial.

7.6. Caso concreto.

En el caso sub examine, la parte demandante, pretende se reliquide y paguen las diferencias dejadas de percibir en sus prestaciones sociales, por no haberse incluido la prima de riesgo.

7.6.1. Hechos probados

- El demandante laboró como guardián 214-04 entre el 18 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2011, devengado una asignación básica de \$938.768.00, y una prima de riesgo equivalente al 30% sobre la asignación básica mensual. (folio 28)
- El demandante elevó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013, solicitando se reliquide sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo. (folios 18-19)
- El director de Talento Humano, certifica que el señor Alexis de Ávila Peña, para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, devengó prima de riesgo en el porcentaje del 30% (folios 24-27)

Frente a los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, la Sala resalta, que de acuerdo con la normatividad anotada en el acápite de antecedentes jurisprudenciales y normativos, se evidencia que la prima de riesgo no constituye factor salarial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994; pero el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, establece la tesis que dentro de los factores que se deben tener en cuenta para el ingreso base de liquidación de una prestación pensional es la prima de riesgo, que a pesar que no se tenga en cuenta como factor salarial, no es óbice para que no se incluya al momento de realizar la liquidación pensional.

Es decir, que atendiendo a lo expuesto por el Consejo de Estado la prima de riesgo es factor salarial para efectos pensionales, pero a pesar que no indica de manera específica con relación a la liquidación de las prestaciones sociales, debe dársele una aplicación extensiva a lo manifestado por el alto Tribunal Contencioso, en el entendido que el mismo razonamiento que hizo la Corporación para tener en cuenta la prima de riesgo como factor para el ingreso base de liquidación pensional, debe ser aplicado para la liquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que el argumento es que se trata de una suma que se recibe de manera periódica y habitual, quedando claro con la sentencia de unificación la naturaleza salarial de la prima de riesgo.

En consecuencia, el actor apoyados en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue recibida de manera habitual y periódica por el actor, tal como lo demuestran las certificaciones expedidas por el Subdirector de Talento Humano (folios 24-27)

Así las cosas, teniendo en cuenta que el argumento del recurso de apelación, consiste en que la normatividad no le da el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, esa circunstancia, no desvanece las consideraciones de la providencia de primera instancia, por lo tanto, la Corporación, comparte la interpretación extensiva que se hace de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que establece a la prima de riesgo como factor en el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional.

De otro lado, pero dentro del mismo contexto, esta Corporación, advierte que los argumentos expuestos en el recurso de apelación relativo a la desvinculación de la Nación – Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto DAS, no serán analizados, toda vez que los mismos no atacan la sentencia recurrida, sino el auto de fecha 14 de marzo de 2016¹⁹, por lo tanto, dichas elucubraciones no son admisibles como fundamento del recurso de alzada, atendiendo que el fallo no decide sobre dicha desvinculación.

• Excepción de Inconstitucionalidad

Con relación a la excepción de Inconstitucionalidad esta es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la

¹⁹ Folio 250 Cuaderno No. 2



norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que 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"²⁰

En el caso en estudio, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicha prima, no obstante, esta Corporación, considera que el A quo debió inaplicar la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, toda vez, que su aplicación en este asunto, vulneraría su derecho a la igualdad, así las cosas, la aplicación prevista en el decreto antes mencionado se reitera que se vulneraría el derecho a la igualdad del demandante lo que hace necesario su inaplicación.

²⁰CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA
Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., Quince (15) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719)
Actor: JOSE ALBERTO CASTRO HOYOS Y CIA S.C.A. CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES.



7.9 Conclusión

En este orden de ideas, se concluye que la sentencia recurrida se adicionara, en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

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, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer la liquidación de la prestación sociales de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En este orden de ideas, se concluye que la sentencia recurrida se confirmará, manteniendo lo decidido a título de restablecimiento del derecho, es decir, la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial equivalente al 30% sobre su asignación básica mensual, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS, fijándose los efectos fiscales de la sentencia desde el 30 de septiembre de 2010, por haber operado la prescripción trienal, salvo las cesantías que no han prescrito.

VIII. COSTAS

Si bien el artículo 188 del CPACA, establece que quien pierda un proceso debe ser condenado en costas, salvo que se ventile un interés público y su liquidación y ejecución se rige por el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, esta última normatividad en el artículo 365, establece que podrá abstenerse de condenar en costas, pero en todo caso se debe justificar porque.

En el caso sub examine, a pesar de no haber prosperado el recurso, considera esta Corporación que no hay lugar a la condena en costas porque le permitió al juzgador de esta instancia rectificar las falencias contenidas en la decisión de primera instancia, por ello, no se genera la liquidación de costas en esta instancia, ya que gracias al recurso se pudo adicionar la providencia.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

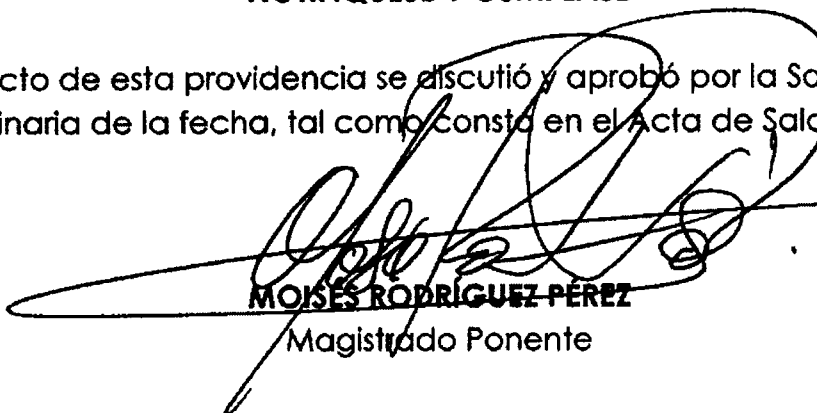
SEGUNDO: CONFIRMAR sentencia del 27 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

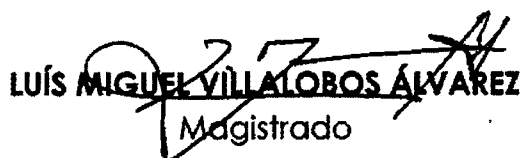
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 98


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

