



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2014-00135-01

DEMANDANTE: EDIMER JACOME SANABRIA

DEMANDADO: DAS EN SUPRESIÓN

TEMA: *Reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial – DAS-.*

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandante en oposición a la **sentencia del 05 de noviembre de 2015**, proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, que negó las súplicas de la demanda,

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA.

El señor EDIMER JACOME SANABRIA, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró demanda en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS” EN SUPRESIÓN, presentando las siguientes, **PRETENSIONES**¹:

Que se declare la nulidad del oficio N° E-2310, 18-201316777 del 19 de septiembre de

¹ Fol. 68 y 69 C.1.

2013, proferido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" EN SUPRESIÓN.

Que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada reconozca e incluya la prima de riesgo como factor salarial.

Que se reliquide todas las prestaciones sociales que el actor percibió durante el tiempo que laboró para la entidad demandada, teniendo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial y en consecuencia le cancele la diferencia obtenida debidamente indexada.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que:

El demandante laboró para el DAS desde el día 25 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective.

Asegura que durante el tiempo que laboró para la entidad demandada, esta nunca tuvo en cuenta el monto recibido por concepto de prima de riesgo al momento de liquidar sus prestaciones sociales.

Alega que a través de petición solicitó al DAS EN SUPRESIÓN el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial y por ende la reliquidación de sus prestaciones; tal petición le fue negada a través de oficio N° E-2310,18-201316777 del día 19 de septiembre, enviado el día 23 de septiembre de la misma anualidad.

Narra que por lo anterior, solicitó audiencia de conciliación ante la procuraduría respectiva, sin embargo en dicha audiencia el DAS en supresión mantuvo su posición, negando sus pretensiones, por ello decidió acudir ante la administración de justicia.

Como **NORMAS VIOLADAS** señala el demandante, los artículos 1, 2 y 3 del decreto 2646 de 1994, el inciso tercero del artículo 7 del decreto 4057 de 2011, artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011, artículos 4, 13,29 y 53 de la Constitución Política.

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**, expresa el actor que la entidad demandada desconoció las normas citadas, puesto que el DAS EN LIQUIDACIÓN no incluyó el

porcentaje de prima especial dentro de la liquidación de todas las prestaciones sociales; así citó la sentencia del Consejo de Estado del 12 de julio de 2012, en la cual el alto tribunal indica que si bien la prima de riesgo no se encuentra enlistada en el artículo 18 de decreto 1933 de 1969 y que el el decreto 2646 de 1994 afirmó que no tiene naturaleza salarial, debe ser incluida por ser una prima devengada sin importar su especie. Agrega que atendiendo al principio de igualdad, el Consejo de Estado ha fallado a través de sentencias de tutela situaciones similares, estableciendo que se desconoce el precedente judicial si no se incluye la prima de riesgo como factor salarial.

El demandante cita el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que no solo la remuneración fija o variable constituye salario, sino todo lo que recibe en dinero o en especie, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales etc.

Concluye el actor estableciendo que la prima de riesgo se debe incluir como factor salarial para efectos de liquidación atendiendo a los principios de igualdad y favorabilidad.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 22 de abril de 2014 (fol. 8 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 29 de mayo de 2014 (fol. 14 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: viernes 30 de mayo de 2014 (fol. 16 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 20 de abril de 2015 (fol. 46 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 16 de junio de 2015 (fol. 75 al 77 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 05 de noviembre de 2015 (fol. 98 al 103 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 17 de noviembre de 2015 (fol. 106 al 135 C. Ppal.).
- auto que concede el recurso: 09 de diciembre de 2015 (fol. 136 al 138 C. Ppal.).

- Auto que admite el recurso de apelación: 27 de enero de 2016 (fol. 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 18 de febrero de 2016 (fol. 12 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada contestó, manifestando que se opone a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora por carecer de fundamentos jurídicos atendibles. Además aseguró que los hechos 1 y 2 son ciertos, afirmando lo dicho por el demandante; respecto a los hechos 4, 5 y 6 dijo que no le constan y que el hecho 3 es parcialmente cierto.

En cuanto a los fundamentos jurídicos de la defensa, el demandante citó los artículos 1, 4, 16, 17,18 y 19 del decreto 1933 de 1989, “*por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad*”, seguidamente citó los artículos 1, 2, 3,4 del decreto 1137 de 1994; del anterior cuerpo normativo concluyó que si bien ahí se reconoce la prima especial de riesgo, en ninguna está incluida como factor salarial, por ello no existen argumentos que permitan afirmar que esta se debió haber incluido para efectos de liquidar las prestaciones sociales del actor.

La entidad demandada también citó sentencia del Consejo de Estado de fecha 10 de noviembre de 2010, en la cual el alto tribunal concluye que la prima especial solo se debe tener en cuenta para efectos de liquidación de pensión; esta posición, asegura el demandante, fue acogida por el Tribunal Administrativo del Atlántico a través de fallo del 9 de junio de 2014.

Por último, el DAS EN LIQUIDACIÓN precisó que el Decreto 2646 de 1994 goza de legalidad, pues el Consejo de Estado no ha proferido fallo alguno declarando la nulidad del mismo, por lo tanto es aplicable en su tenor.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

El Juez de primera instancia, luego de resumir los antecedentes de la demanda, estableció que, de acuerdo con las pruebas aportadas, el acto administrativo acusado no se encuentra incurso en la causal de anulación, por tal motivo no tienen vocación de prosperar las pretensiones del demandante.

El *a quo* reiteró que los empleados del antiguo DAS, debido a la actividad de riesgo que desempeñaban, percibían dentro de su remuneración una prima especial, la cual reguló el gobierno nacional. Seguidamente realizó una breve evolución en cuanto a la normatividad que regula la mencionada prima, partiendo del Decreto 1933 de 1989, hasta el decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, agregó que el Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón, estableció que se incluía la prima especial como factor salarial para efectos de reconocer y pagar la pensión a los empleados del DAS, no para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En cuanto al caso en concreto, encuentra el juez de primera instancia que efectivamente el actor estuvo vinculado al antiguo DAS desde el 25 de enero de 1994, hasta el 31 de diciembre de 2011, que los factores salariales que se tuvieron en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales se hicieron de acuerdo al Decreto 2646 de 1994. De acuerdo a lo anterior, asegura el *a quo* que al actor se le debió aplicar los Decretos 2646 de 1994, 1933 de 1989 y 1137 de 1994; como en efecto lo hizo la entidad demandada; que el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 establece los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar prestaciones sociales. Agrega que el artículo 4 del decreto 2646 de 1994 reza que la prima especial no constituye factor salarial.

Por último, el juez de primera instancia afirmó que no está probada la causal de anulación del acto acusado, por cuanto este se encuentra ajustado a derecho, pues la entidad demandada liquidó las prestaciones sociales conforme los anteriormente mencionados, aunado a ello que el actor estaba cobijado por un régimen especial, por lo tanto no se le podía aplicar de manera concomitante disposiciones del régimen

general, pues se vulneraría el principio de inescindibilidad de la norma.

En consecuencia de lo anterior, el *a quo* condenó en costas a la parte demandante y fijó agencias en derecho en un 2%.

1.5 LA APELACIÓN:

El demandante presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el *A quo* en el siguiente sentido:

Primeramente citó concepto N° 1393 del 18 de julio de 2002, emitido por el Consejo de Estado, en el cual el alto tribunal hace referencia al concepto de salario, citando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, de igual forma cita el artículo 42 del decreto 1042 de 1978; de la anterior normatividad concluye el recurrente que todo aquello que reciba el trabajador como contraprestación de su trabajo, debe tenerse en cuenta para efectos de liquidación de sus prestaciones.

Señaló que aunque en principio el Consejo de Estado negaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en el decreto 2646 de 1994, posteriormente dicha tesis fue replanteada por la sección segunda, a través del consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, quien expresó que si bien el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa había contemplado la prima especial como factor salarial solo para reliquidar pensiones, era porque en ese momento solo se demandaba para reliquidar la misma, por lo que debe darse una aplicación extensiva para reliquidar prestaciones sociales.

De igual forma citó sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Magistrado Ponente Jorge Iván Duque Gutiérrez, en la cual establece que es válido tener en cuenta todas las sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de su servicio, indistintamente de la denominación que se le dé. El demandante también citó dentro del recurso de apelación, sentencia del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Víctor Hernando Álvaro Ardila, quien

puntualiza que el hecho de que la prima de riesgo se cancele de forma habitual y periódica, la se convierte en factor salarial.

Finalmente, el demandante asegura que el Consejo de Estado se ha referido sobre el principio de primacía de la realidad sobre las formas, estableciendo que si bien la prima de riesgo no constituye factor salarial según el decreto 1646 de 1994, esta contribuye una retribución directa y constante.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

Tanto la parte demandante como la demandada no presentaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público no rindió concepto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a establecer, *¿si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, con el objeto de que le sea reconocida la prima de riesgo, al actor, como factor salarial, para efectos de liquidar sus prestaciones sociales?*

2.2 GENERALIDADES DE LA PRIMA DE RIESGO.

La prima de riesgo como emolumento de orden laboral, percibido en el régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por algunos empleados de dicha entidad – cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores -, ha sido asunto de discusión y deliberación en estrados judiciales.

Normativamente su consagración viene establecida inicialmente en el artículo 4° del Decreto 1933 de 1989, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 40. 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.”*

Posteriormente, el decreto 2646 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a todos los empleados del DAS:

“ARTÍCULO 30. 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.

ARTÍCULO 40. 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 20 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”

En cuanto a su marco normativo, este Tribunal con miras a su definición, recurre a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, que en sentencia del 10 de noviembre de 2010², señaló:

“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 indicó que los empleados de la entidad en mención, 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 de antiexplosivos, “tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica”.

Que posteriormente, el Decreto 132 de 17 de enero de 1994, otorgo a los servidores públicos que prestan servicios de conductor 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”.

Que el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creo una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen 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”

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente con radicación interna 0568-08. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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”

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”

En este sentido, bajo una interpretación literal, lógica e histórica de los supuestos normativos, se observa que la prima de riesgo, desde su creación, mediante Decreto 1933 de 1989, así como su desarrollo a través de los Decretos 132 y 1137 de 1994 y concretización final, en el Decreto 2646 de 1994, si bien se asume como un aparte contraprestacional por los servicios prestados, limitado a ciertos empleados del DAS, no ha sido considerado, expresamente, como factor salarial, lo que conllevaría a la negativa de las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, este Tribunal, no puede pasar por inadvertido, que el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 1° de agosto de 2013³, replanteó su posición jurisprudencial, dirigida a la negativa del reconocimiento de la prima de riesgo, como factor salarial, para sostener lo contrario, en el siguiente marco decisional:

“Teniendo en cuenta lo anterior, y 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 de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida 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

³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente con radicación interna 0070-2011. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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.

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, 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 gozó 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 1991 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."

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea

tenida 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 allí que, ante la nueva sub regla establecida por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se tiene que la prima de riesgo, goza de una naturaleza salarial intrínseca. No obstante, a raíz de lo manifestado y atendiendo a que la situación resuelta en dicha oportunidad, consistía en un asunto de reliquidación pensional, se gestó una controversia diferencial, en definir si el juicio de factor liquidatario pensional, se veía reflejado en reclamaciones sobre prestaciones sociales como factor salarial.

Esta nueva inquietud, asumió distintas posiciones judiciales en favor y en contra, precisándose por los primeros, que al definir el Consejo de Estado, que la prima de riesgo, tenía una naturaleza salarial intrínseca, tal planteamiento solo era verificable, en asuntos en los que se discute un reconocimiento o reliquidación pensional, situación confrontada con aquellos que afirmaban, que la sentencia de unificación, de manera clara señaló, que la prima de riesgo, fuera de ser discutida en escenarios de valoración pensional, su contenido es de factor salarial, para todos los casos.

No empuce, en sede de tutela, el Honorable Consejo de Estado, ha asumido una posición judicial dirigida a reafirmar, que la prima de riesgo es un factor salarial, para todos los efectos, no importando, si su reclamación se fragua, exclusivamente, en asuntos pensionales o si también se erige en eventos de prestaciones sociales.

Sobre lo manifestado, la Alta Corporación, en sentencia del 16 de abril de 2015⁴, refirió:

“Examinado lo anterior y las inconformidades de la actora, se considera necesario aclarar que si bien es cierto que la providencia en la que se fundamentó el ad quem en el fallo en censura, hacía referencia a un asunto de reliquidación pensional, también lo es que en la misma, la Alta Corporación Judicial fue precisa en establecer que dicha prima se constituye en un factor salarial por haber sido percibida en forma constante como una retribución directa del trabajo.

En efecto, en la sentencia de 1º de agosto de 2013, la Sección Segunda de esta Corporación unificó criterios en torno a la prima de riesgo como factor para el reconocimiento de la pensión de jubilación de trabajadores del DAS (...)

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente con radicación N° 2014-04249-00. C. P. Dra. María Elizabeth García González.

Así las cosas, es claro que la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia acertó en la interpretación efectuada en la sentencia de 4 de noviembre de 2014, acusada, pues es evidente que aunque el legislador consagró la prima de riesgo como una prestación que no constituía factor salarial, lo cierto es que al efectuarse un examen frente al carácter de la misma, en consonancia con la Jurisprudencia de esta Corporación Judicial así como con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el de favorabilidad en materia laboral, dicha prima sí constituye factor salarial.

En efecto, todas aquellas sumas que percibe el trabajador independientemente de la denominación que se le dé, 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, prima de riesgo, entre otros, **si son percibidas de manera habitual y periódica como contraprestación directa por los servicios del trabajador, son consideradas factores salariales** por ostentar el carácter de éste, tal como ocurrió en el sub examine con la pluricitada prima de riesgo, la cual se le pagó al trabajador en forma periódica en virtud de sus servicios laborales.”

Decisión judicial, que a su vez es confirmada, en sentencia del 6 de agosto de 2015⁵, en la cual se señaló:

“Lo anterior significa que aun cuando los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994, excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, la realidad del asunto enseña que la prestación es una erogación habitualmente reconocida en razón del servicio prestado por los agentes del DAS, elementos que revelan su connotación de factor salarial no sólo para calcular el Ingreso Base de Liquidación, también el Ingreso Base de Cotización, tal y como lo expuso la providencia en mención.

En vista de lo anterior, no era necesario que en el fallo el juez colegiado invocara la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los decretos citados, ya que su argumento no hizo hincapié en que la norma fuera contraria a los postulados constitucionales relativos a los asuntos laborales, sino simplemente a su falta de adecuación a la realidad, donde es evidente que la prima de riesgo abandonó su carácter ocasional para transformarse en una prestación constante devengada por los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad- DAS.”

Posición esta que acoge la Sala, considerando que es la que más se acompasa frente a la dualidad de interpretaciones, atendiendo el carácter garantista y la favorabilidad en la interpretación de la Ley, que consulta un espíritu acorde con el principio de progresividad de los derechos laborales, bajo el concepto de Estado Social de Derecho que impera en virtud de la Constitución de 1991.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente con radicación N° 2014-04249-01. C. P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Téngase en cuenta que la prima de riesgo fue concebida para los funcionarios del D.A.S que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por lo tanto, les fue cancelada en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que la convierten en salario.

2.3 CASO CONCRETO

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que señor EDIMER JACOME SANABRIA ingresó el 25 de enero de 1994 al cargo de Detective en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y por tanto, como ya se mencionó, su régimen pensional se encuentra regido por el decreto 2646 de 1994.

Igualmente, se parte de un hecho cierto, que el actor solicitó al DAS EN SUPRESIÓN el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, y por ende la reliquidación de sus prestaciones, petición que fue negada a través de oficio N° E-2310,18-201316777 del 19 de septiembre de 2013.

Inconforme con la anterior determinación, el actor ejerció en medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solicitando la nulidad del oficio N° E-2310,18-201316777 del 19 de septiembre de 2013; que en consecuencia, se incluya la prima de riesgo como factor salarial y se reliquiden sus prestaciones sociales.

Bajo este escenario, es claro que el demandante, tiene derecho a que le sea reconocida la prima de riesgo como factor salarial, lo que conlleva a la reliquidación de sus prestaciones sociales, de allí que la decisión de primera instancia, deba ser revocada.

Ahora bien, para dar curso a lo manifestado y definido lo anterior, es menester advertir, que la disposición normativa contenida en el Art 4to del Decreto 2646 de 1994, es abiertamente inconstitucional, toda vez que va en contravía de postulaciones de orden constitucional, como lo es el Art. 53 de la C.P., en los términos jurisprudenciales antes referidos, considerando esta judicatura, que la decisión a adoptar, debe estar presidida, por la materialización de la excepción de

inconstitucionalidad, recordando que los derechos fundamentales como mandatos de optimización rigen como parámetro de control de constitucionalidad, al establecer límites a la propia actividad del Estado.

La excepción de inconstitucionalidad⁶, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la Constitución, cuando aún no se ha realizado un juicio de constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4 superior⁷.

De allí que, siendo la excepción de inconstitucionalidad, el mecanismo judicial para inaplicar el Art. 4 del Decreto 2694 de 1994, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, como se dijo, **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia.

En virtud de los anterior, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 05 de noviembre de 2015, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo y en su lugar, (i) inaplicará por inconstitucional el Art. 4 del Decreto 2646 de 1994, (ii) declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° E-2310,18-201316777 de fecha 19 de septiembre de 2013, ordenándose la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo.

CONDENA EN COSTAS. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, se condena en costas de ambas instancias, a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2010. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver así mismo Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 22592. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁷ Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 40. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 05 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

*“(i) **INAPLICAR** por inconstitucional, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*(ii) **DECLÁRESE** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° E-2310,18-201316777 de fecha 19 de septiembre de 2013; en consecuencia, como medida de restablecimiento, se ordena a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN “UNP”, liquidar y pagar las prestaciones sociales a favor del señor EDIMER JÁCOME SANABRIA, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo, en los términos y porcentajes en que es reconocida a lo largo de la prestación de los servicios.*

Dicha suma de dinero que resulta de la condena, se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula, en aplicación del art. 187 del CPACA:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

(iii) De la suma reconocida, descuéntese los aportes dirigidos al sistema de Seguridad Social –Salud y Pensión-, en los términos dispuestos en la normatividad correspondiente”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias, al ente demandado. El juez a

quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, según consta en el acta No. 146.

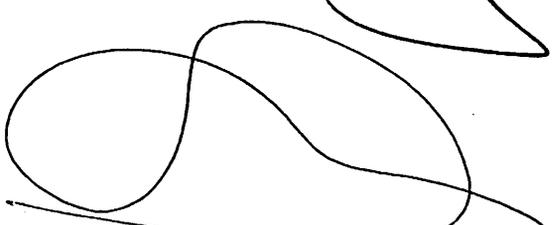
NOTIFIQUÉSE, Y CÚMPLASE



CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY



SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA