



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-008-2016-00170-01
DEMANDANTE: CARLOS VERGARA BALMACEDA
DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA
NACIÓN – FIDUPREVISORA.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 25 de octubre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda¹

El demandante **pretende** mediante el presente medio de control, que se declara la nulidad del acto administrativo STH – SDAG – 468 - 757 de agosto 5 de 2015, proferido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por el cual negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor

¹ Folio 1 a 7 cuaderno principal

salarial, en la liquidación de las prestaciones sociales causadas en el tiempo en que ha estado vinculado a la institución demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a título de restablecimiento del derecho, condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a que reconozca y pague la prima de riesgo como factor salarial; así como el pago del reajuste de las prestaciones sociales, que se desprende de la diferencia que arroje entre la liquidación de aquellas con inclusión de la prima de riesgo y las efectivamente pagadas por la entidad sin su incorporación como factor salarial, cuyos valores al momento de su efectivo pago, deben estar debidamente indexados y cancelados junto con los intereses a los que haya lugar.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

El señor CARLOS VERGARA BALMACEDA, se vinculó al extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – D.A.S., ocupando el cargo de Conductor 317-05. Luego, en calidad de acogida, pasó a la planta de personal de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el cargo de Conductor II.

Durante el período laborado en el extinto D.A.S., devengó la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994, sin embargo al no señalarse para la época la naturaleza de factor salarial, no fue incluida como factor en la liquidación de las prestaciones sociales, causadas durante todo el período laborado con el D.A.S.

En virtud de la supresión del D.A.S., contenida en el Decreto 4057 de 2011, el señor CARLOS VERGARA BALMACEDA fue incorporado en el cargo de Conductor II de la Fiscalía General de la Nación, según el cual se le está reconociendo el concepto prestacional que se reclamada en esta oportunidad.

En consecuencia, solicitó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, a efectos de obtener la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas en el interregno en que estuvo vinculada con el extinto D.A.S., siendo negada mediante el acto administrativo que se acusa en el presente medio de control.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló como infringidos los Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, 25, 25, 53 y 57 de la C. P.

Asimismo, vulnera el Decreto 1137 de 1994; Decreto 2646 de 1994; Decreto 1933 de 1989; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Decreto 451 de 1984.

En el **concepto de la violación**, explicó que el demandante fue vinculado a la planta de personal del extinto D.A.S., a partir del mes de diciembre 1996, en calidad de Guardián N° 214-04. Estando ocupando ese cargo, se creó la prima de riesgo, cuya liquidación correspondía al 15% sobre la asignación básica; sin embargo, ese emolumento no fue tenido en cuenta como factor salarial para efectos de liquidación de las prestaciones sociales causadas y pagadas durante el período en que estuvo como servidor del D.A.S., contrariando las disposiciones legales y pronunciamientos judiciales en torno a la naturaleza del salario, entendida como todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de su servicio, por lo que bajo esa consigna, debe computarse dicha prima como factor en el pago de todos los derechos prestacionales.

b. Contestación de la demanda².

La **FIDUPREVISORA S.A.**, a través de apoderada judicial contestó la demanda, señalando que no tiene conocimiento de los hechos narrados

² Folios 178-188 cuaderno de primera instancia.

en ella, dado que el demandante no prestó los servicios en esa entidad y porque ella no es la encargada de liquidar la prima de riesgo, pues el cargo que ostentaba el actor nació y se cumplió con el extinto D.A.S., de manera que quien debe responder en este asunto es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por ser quien se pronunció respecto de las pretensiones que se demandan en esta ocasión.

De igual manera, se opuso a todas las pretensiones, argumentando que no es viable reconocer lo pretendido en la demanda, por cuanto no es la competente para reconocer y liquidar las prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo, sino la Fiscalía General de la Nación.

Asimismo, señaló que desconoce la situación laboral del demandante, porque nunca ha sido funcionario de esa entidad, de manera que no existe ninguna relación jurídica laboral entre aquella y la entidad, por tanto, no es factible endilgar responsabilidad alguna sobre prestaciones sociales no liquidadas, pues esto le corresponde a su verdadero nominador.

Propuso las siguientes excepciones: (i) inepta demanda por cuanto el acto demandado no es susceptible de control judicial; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) caducidad; (iv) inexistencia del derecho reclamado; (v) inexistencia de la obligación; (vi) buena fe; (vii) prescripción trienal; (viii) genérica.

c. La sentencia apelada³.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el día 25 de octubre de 2014⁷, en la cual inaplicó por inconstitucional el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, generando como consecuencia la nulidad del acto acusado, y a título de

3 Folios 216-225 cuaderno de primera instancia.

restablecimiento del derecho, ordenó a la FIDUPREVISORA S.A. patrimonio autónomo – defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S., a reconocer y pagar al actor el valor resultante de la reliquidación del auxilio de cesantías con la inclusión de la prima de riesgo devengada en el extinto D.A.S., por el tiempo comprendido entre septiembre de 1989 a 31 de diciembre de 2011.

Asimismo, declaró probada la excepción de prescripción trienal propuesta por la FIDUPREVISORA S.A., sobre los mayores valores de reliquidación de las demás prestaciones sociales a favor del demandante, distintas a las cesantías, causadas entre el mes de septiembre de 1989 al 31 de diciembre de 2011.

Como soporte de la decisión, el *A-quo* señaló el referente normativo que dio origen y regula la prima de riesgo a favor de los funcionarios y empleados vinculados al desaparecido D.A.S., entre ellos, los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994, los cuales previeron los porcentajes de reconocimiento de acuerdo al cargo ocupado en aquella entidad, sin que dicho emolumento constituyera factor salarial al momento de liquidar las prestaciones sociales. De manera que, en principio, la prima de riesgo no se erige como elemento salarial para el cómputo de los derechos prestacionales. No obstante, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, diciendo que para efectos de incluirse en el ingreso base de liquidación – IBL, de los pensionados, debe considerarse como factor salarial atendiendo la naturaleza de salario de la misma, en la medida que es una retribución habitual y permanente que recibe el empleado, de modo que es factible que sea incorporada en la liquidación del IBL pese a que el Decreto mencione que no es susceptible de computo salarial en las liquidaciones de las prestaciones sociales.

Siendo así, el Juez de primera instancia encontró probado que el demandante se vinculó al D.A.S. el 3 de febrero de 1989, ocupando el cargo de Auxiliar Administrativo – Chofer mecánico 5120-09, posteriormente pasó a ocupar el cargo de Conductor grado 04, y luego Conductor 317-05. Después, fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación al cargo de Conductor II de la Dirección Seccional del CTI de Sincelejo.

En tal sentido, el *A-quo* consideró que conforme el precedente del H. Consejo de Estado y el de esta Corporación, la prima de riesgo que devengó el demandante sí reúne la condición de ser constitutivo de salario, por ser un valor habitual y periódico que percibió la trabajadora en razón de su servicio, por lo que atendiendo el principio de primacía de la realidad sobre las formas, era necesario inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, que expresamente señaló que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

En ese orden ideas, estimó que el acto acusado estaba viciado de nulidad por vulnerar normas de rango constitucional, como es el artículo 53 de la C. P., dada la notoriedad de la prima de riesgo como emolumento salarial pese a su exclusión por el ordenamiento jurídico, predicándose en tal sentido el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en las relación laborales.

d. El recurso de apelación⁴.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la FIDUPREVISORA S.A. formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria, y en su lugar se nieguen las pretensiones, argumentando que si bien los empleados que ejercían funciones en el D.A.S., se les aplicaban un régimen especial y no el general, por ser más beneficioso, sin que esto

⁴ Folios 230 a 245 cuaderno de primera instancia.

significara que tenían que constituir un híbrido tomando las normas de ambos regímenes, para tratar de obtener un mejor derecho, de manera que se liquidaba de una forma o de otra. Siendo así, para el caso concreto se aplicaría lo dispuesto en el régimen especial que cubría a la actora en su pretensión, pues, se violaría el principio de inescindibilidad de la norma, ya que el principio de favorabilidad aplicaba, pero sujetándose a la norma más favorable en toda su extensión, es decir, tanto lo que más favorecía a la trabajadora, como a lo que no era tan beneficioso del sistema.

Adujo, que el *A-quo* efectuó una aplicación jurisprudencial distinta a la aplicable en el caso de marras, por cuanto aquella se refería a la vocación que tenía la prima de riesgo como factor para la liquidación de pensión en virtud de lo normado por el Decreto 1848 de 1969, siendo que en este caso el debate no gira en torno a un tema de reliquidación pensional, sino en cuanto a la liquidación de las prestaciones sociales causadas en vigencia de la relación laboral.

Indicó, que el ordenamiento jurídico establece claramente que dicha prima especial no constituía factor salarial, lo cual es corroborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ende, si bien el legislador estableció la prima de riesgo indicando expresamente que ésta no constituía factor salarial, ello no comprometía los derechos mínimos e irrenunciables establecidos en la Constitución – artículo 53, y mucho menos era aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, por cuanto la realidad era que dicha prima, por expresa disposición legislativa, no constituía factor salarial.

Por otro lado anotó, que el Juez condenó a la entidad como parte vencida al pago de costas procesales, pero no sometió su decisión a criterios objetivos, verificables, comprobables, que le permitieran determinar una causa justificativa de la condena en esa instancia.

Finalmente aclaró, que la entidad en ningún momento ha actuado temerariamente, ni con mala fe. Al contrario, de conformidad con el principio constitucional y el deber legal del derecho a la defensa de la entidad pública, había actuado dentro de las fronteras de la lealtad procesal y razonabilidad en sus actuaciones procesales, siempre atentos a todos los requerimientos dados por el juez.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de julio de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 22 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 30, c. 2), término dentro del cual solo se pronunció la **parte demandante**⁵ alegando que la prima de riesgo de los empleados del extinto D.A.S., sí goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2648 niegue tal condición, en la medida en que constituye en forma visible una retribución directa constante. Y señaló, que conforme el precedente del Consejo de Estado, se encuentran acreditados los supuestos de hecho para inaplicar por inconstitucional, la norma especial contenida en el artículo 4 del Decreto No. 2649 del 29 de noviembre de 1994.

Por su parte la **entidad demandada**⁶ se pronunció en esta etapa procesal, aduciendo que no es posible aplicar el precedente invocado por el Juez de primera instancia, como quiera que versa sobre asuntos pensionales, y el caso presente recae en prestaciones sociales que se originaron con ocasión a los servicios prestados. De suerte, que no es procedente el razonamiento hecho en el fallo de alzada, en donde se califica la prima de riesgo como factor salarial, bajo las razones de un precedente que no es aplicable a este asunto.

⁵ Folios 34 a 40, c. 2.

⁶ Folios 41 a 48, c. 2.

De otro lado, el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. La competencia.

Esta Sala 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 de la Ley 1437 de 2011.

b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si la prima de riesgo devengada por el actor durante el período en que estuvo vinculado con el extinto D.A.S., es susceptible de ser considerada como factor salarial para el cómputo y liquidación de las prestaciones sociales.

c. Marco legal de la prima de riesgo para los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S.

El Decreto 1933 de 1989 fijó el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S., mencionando expresamente que tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional, previstas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3^o⁷; estableciendo además, unas primas especiales para este sector, en la que se encuentra, la prima de riesgo, a saber:

ARTÍCULO 4o. 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

⁷ Artículo 1º.

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, se expide el Decreto 2646 de 1994, en cual en su artículo 5º deroga expresamente el artículo 4º del Decreto 1933 de 1989, regulando la prima de riesgo en el siguiente sentido:

ARTÍCULO 1o. 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 2o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a **percibir mensualmente y con carácter permanente** una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

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

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.

Conforme lo anterior, esta prima fue extendida a demás miembros de la planta de personal que no estaban previstos en el Decreto 1933 de 1989, cuya liquidación depende estrictamente del nivel y naturaleza del cargo que ocupada el empleado, el cual se puede resumir en el siguiente recuadro:

Cargos	Porcentaje de liquidación
Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores	35% de la asignación básica mensual, pagados de manera mensual y de forma permanente
Cargos del área operativa que no están en el cuadro anterior, Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, Directores de Protección y Extranjería, Jefe de la Oficina de Interpol, Directores y Subdirectores Seccionales, Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente.	30% de la asignación básica mensual, pagados de manera mensual y de forma permanente
Los que desempeñan cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa que no estén contemplados en los artículos anteriores.	15% de la asignación básica mensual, pagados de manera mensual y de forma permanente

Sin embargo, esta prima tiene una connotación especial referida a que, conforme los decretos que en principio la crearon, en ningún caso constituye factor salarial, en otras palabras, para efectos de liquidación de derechos laborales y prestacionales, deben excluirse, en principio, por expresa disposición legal.

Sin embargo, se advierte que aquella institución estatal fue suprimida mediante Decreto Ley 4057 de octubre 31 de 2011, norma que dispuso la potestad del Gobierno Nacional de suprimir empleos que hacían parte de la planta de personal, como también señaló la facultad de incorporar los servidores que las cumplían a las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva, a su vez la Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011, todos ellos incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).⁸

En el marco de este proceso de reestructuración del D.A.S., **la prima de riesgo, queda inmediatamente integrada a la asignación básica de los servidores de esa extinta entidad que fueron incorporados a otras instituciones del Estado**, como lo consagra el artículo 7º del Decreto Ley atrás mencionado:

(...)

ARTÍCULO 7º. RÉGIMEN DE PERSONAL (...)

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, **la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la**

⁸ Artículo 6º.

asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, **la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.**

Así las cosas, la prima de riesgo estuvo vigente para los empleados del extinto D.A.S., hasta el momento de su supresión, fecha en la cual se incorpora como parte de la asignación básica de los servidores de la extinta institución que fueron incorporados a otras entidades, entre ellas, a la Fiscalía General de la Nación.

d. Marco jurisprudencial sobre la prima de riesgo de este sector especial como factor salarial.

Pese a que todas las normativas que conformaron el marco legal de la prima de riesgo, para los empleados que estuvieron vinculados al D.A.S., hasta antes de su supresión, señalaron taxativamente que la misma no tenía la naturaleza de factor salarial, debe decirse que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se encamina en sentido contrario, puesto que al analizarse las condiciones en que fueron devengadas por los empleados, cumplen todos los requerimientos para que sea calificada como emolumento salarial, de suerte que sí es posible dárselo para efectos de liquidación de derechos salariales y prestacionales. Así, sobre la particular premisa, la máxima Corporación se pronunció mediante sentencia de unificación, en los siguientes términos:

"(...)

*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 solo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que este 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 este 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, **sí 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 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.”⁹

Debe precisarse que los criterios de unificación sentados por el Consejo de Estado, estriban en el carácter salarial de la prima de riesgo en asuntos relacionados con la reliquidación de derechos pensionales cobijados por el régimen de transición, en la cual para el cálculo del IBL debe tenerse en cuenta esa prima por tener la connotación de factor salarial, pese a que la norma que dio origen diga lo contrario.

Sin embargo, pese a que el caso de la sentencia de unificación se circunscribe para los asuntos de reliquidación pensión de jubilación y/o vejez del personal mencionado, lo cierto es que resulta relevante para

⁹ Sentencia de Unificación de agosto 1º de 2013, radicado 4001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

el caso de marras, lo concerniente al estudio que se hace sobre la naturaleza, alcance y efectos prestacionales que tiene la prima de riesgo para los ex empleados del extinto D.A.S., como factor salarial, a partir del análisis que se hace en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la C. P., el cual es jurídica y fácticamente aplicable en materia de liquidación de prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta el razonamiento del Alto Tribunal busca asemejar a la realidad el verdadero sentido que tiene esa erogación laboral, dado que en su momento fue percibida de manera continua y permanente, sin que sea posible entender su remuneración no era periódica.

En ese orden de ideas, el precedente descrito es predicable a estos asuntos, no por coincidir en sus supuestos fácticos, sino por el estudio y análisis concreto que se le da a la prima de riesgo para efectos de entenderla como factor salarial, independientemente del escenario en que se fije para fines de liquidación de prestaciones sociales.

De esta manera, la Sala es de la posición que la prima de riesgo goza de una naturaleza salarial intrínseca, que debe ser atendida en todos los escenarios y para todos los casos (pensionales y prestacionales), en virtud del principio de la realidad sobre las formas (art. 53 C. P.), por tanto, es procedente su inclusión como factor salarial en la liquidación de prestaciones sociales distintas a pensiones¹⁰, postura que dicho sea de paso, encuentra sustento en el fallo del 16 de abril de 2015, expedido por el H. Consejo de Estado en sede de tutela, manifestando¹¹:

¹⁰ Razonamiento que es desarrollado por esta Corporación en diferentes pronunciamientos en donde se resolvieron asuntos de iguales supuestos fácticos y jurídicos, así: Sentencia de 5 de agosto de 2016, radicado No. 70001333300820140015301, M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY. Sentencia de 18 de abril de 2018, radicado 0-001-33-33-008-2014-00104-00, M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY. Todos los casos resueltos en las citadas providencias, guardan similitud en cuanto al objeto de la presente demanda, concretamente, frente a las situaciones fácticas y jurídicas, así como las pretensiones formuladas y la entidad demandada, lo que en aplicación al precedente horizontal, se ratifica la posición asumida en aquellas ocasiones.

¹¹ 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 les 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.**"*

Siendo así, la prima de riesgo devengada por el personal del extinto D.A.S., prevista por sus empleados que ocupaban los cargos reseñados en el cuadro atrás descrito hasta antes de la supresión de la institución, ostenta la condición de factor salarial para efectos de prestaciones sociales que se causaron en virtud de los servicios prestados en la otrora entidad, en la medida que se tratan derechos inalienables de los trabajadores, de carácter progresivos y no regresivos, que implica

asegurar al empleado la integralidad de cada uno de los derechos laborales, entre ellos, el mínimo vital a partir de una interpretación extensiva de la noción de salario, todo esto bajo el amparo de la égida constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas.

e. Solución del caso.

El debate en esta instancia se limita en determinar, si la prima de riesgo devengada por el demandante¹² constituye o no factor salarial para la liquidación de cada una de las prestaciones ordinarias causadas y devengadas en el tiempo en que estuvo vinculado con el desaparecido D.A.S.

Sobre el particular, la Sala estima, que el señor CARLOS VERGARA BALMACEDA, quien devengó la prima de riesgo durante el período en que estuvo vinculado con el extinto D.A.S, sí tiene derecho a que le sea reconocida e incluida la prima de riesgo como factor salarial como elemento computable en la liquidación de los derechos prestacionales, lo que conlleva a la reliquidación de todas y cada una de aquellos.

Lo anterior, en virtud de que si bien la disposición contenida en el Decreto 2646 de 1994 estipuló expresamente que la prima de riesgo no constituye factor salarial, debe considerarse que tal premisa normativa es contraria a la Constitución Política, toda vez que va en contravía del artículo 53 *ibídem*, en los términos jurisprudenciales trazados por el H. Consejo de Estado que fijaron el verdadero alcance y sentido de ese emolumento, pues claramente existe una transgresión al principio de primacía de la realidad sobre las formas, dado que es evidente la naturaleza de salario, por cuanto su percepción fue continua, permanente y periódica, que retribuyó directamente los servicios prestados por el empleado, así el ordenamiento jurídico que la regula

¹² el cual no es materia de reproche en el recurso de alzada.

diga que no tiene la connotación de salario, lo que implica su inclusión en la liquidación de los derechos salariales y prestacionales de los ex servidores del extinto D.A.S., dando lugar tal premisa, a la inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 de 1994.

Hoy en día, incluso con anterioridad a la solicitud de reliquidación y su pronunciamiento (Oficio STH – SDAG – 468 - 757 de agosto 5 de 2015), el mismo Gobierno Nacional, en el marco del proceso de supresión del D.A.S., expidió el Decreto Ley 4057 de octubre 31 de 2011, estipulando en su artículo 7º¹³, la inclusión de la prima de riesgo dentro de la asignación básica mensual de la demandante y demás funcionarios incorporados, lo que denota sin duda la finalidad salarial que tuvo siempre esa erogación.

Así las cosas, la prima de riesgo devengada por el actor durante el período en que estuvo vinculado con el extinto D.A.S. (18 de diciembre de 1996 a diciembre 31 de 2011), es elemento de salario, y por tanto, debe ser tomada en cuenta como factor salarial para el cómputo y liquidación de las prestaciones sociales.

Sin embargo, el reconocimiento y pago de la reliquidación debe efectuarse ateniendo la prescripción de los valores causados con anterioridad al 24 de junio de 2012¹⁴, salvo las cesantías, haciendo la precisión que tal fenómeno no incide en la reliquidación de las cesantías causadas desde diciembre de 1996 al 31 de diciembre de 2011, en vista que la demandante aún labora en la Fiscalía General de la Nación en

¹³ ARTÍCULO 7º. RÉGIMEN DE PERSONAL (...)

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

¹⁴ La fecha de presentación de la reclamación es el 24 de junio de 2015. Folio 14, c. 1.

virtud del proceso de incorporación del extinto D.A.S., sin que pueda decirse que por ese hecho perdiera o interrumpiera la continuidad en los servicios prestados¹⁵, esto de conformidad con el precedente del H. Consejo de Estado referido a que dicho derecho no prescribe mientras esté vigente la relación laboral¹⁶, como sucede en el *sub examine*.

Ahora bien, es importante resaltar que respecto a la reliquidación de las cesantías con inclusión de la prima de riesgo, la diferencia que surja a partir de la liquidación realizada con la prima de riesgo y la efectuada sin inclusión de la misma, deben ir consignadas al Fondo de Cesantías a al que se encuentre afiliado en caso de pertenecer al régimen de liquidación anualizado, aspecto que así se dispondrá en la parte resolutive.

De otro lado, frente a la inconformidad sobre la imposición de costas procesales, debe tenerse en cuenta que esta institución en sede contenciosa administrativa gravita en relación al factor objetivo para su condena, lo que significa que no debe probarse temeridad o mala fe en las actuaciones procesales de las partes para determinar si hay o no condena en costas, basta que en principio resulte una de las partes vencida para su imposición¹⁷, salvo en los eventos donde se presenten elementos objetivos que ameriten abstenerse de su condena.

f. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a

¹⁵ Artículo 7º del Decreto 4057 de 2011.

¹⁶ Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, Sala Plena Sección Segunda. Radicado interno 0528-14.

¹⁷ VER CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicado: 08001-23-33-000-2013-00622-01 (4705-2014). Actor: LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. C. P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

la parte demandada apelante, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión oral del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo del 25 de octubre de 2017, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual queda así:

"CUARTO. A título de restablecimiento del derecho, ordénese a la demandada FIDUPREVISORA S.A. patrimonio autónomo – defensa jurídica extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S., y su fondo rotatorio, a reconocer y pagar a favor del demandante CARLOS VERGARA BALMACEDA, el valor resultante de la reliquidación del auxilio de cesantías, con la inclusión de la prima de riesgo devengada en el extinto D.A.S., por el tiempo comprendido entre el septiembre de 1989 al 31 de diciembre de 2011.

Los valores o sumas que surjan de la diferencia entre la liquidación realizada con la inclusión de la prima de riesgo y la efectuada sin inclusión de la misma, deben ser giradas al Fondo de Cesantías a la que se encuentre afiliada en caso de pertenecer al régimen de liquidación anualizado."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por el **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo**, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 170.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado