



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2014-00160-01
DEMANDANTE: SULEY DEL CRISTO BUSTAMANTE
GAZABÓN
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A.¹
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 19 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones²:

El señor **SULEY DEL CRISTO BUSTAMANTE GAZABÓN**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto que se declare la nulidad del Oficio No. E-2310,18-201316950 de fecha septiembre 23 de 2013, expedido por la Subdirectora de Talento Humano del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS en Supresión”**; y en consecuencia, se le reconozca la prima de riesgo como factor salarial.

¹ Sucesora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”.

² Folio 6 del cuaderno de primera instancia.

Solicita, se le reliquide todas las prestaciones teniendo en cuenta el valor real del salario, al ser incluida la prima de riesgo como parte del mismo; y una vez re liquidadas, se obtenga la diferencia dejada de pagar y ordenar su cancelación previa indexación.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda³

Indicó el actor, que desde el 1º de agosto de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2011, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", ocupando inicialmente el cargo de Auxiliar Administrativo, Guardián 5120, recibiendo ascensos posteriores.

Señaló, que durante el tiempo que laboró para el DAS, nunca se le tuvo en cuenta el monto recibido por concepto de prima de riesgo, al momento de liquidarle sus prestaciones sociales.

Manifestó, que solicitó a la entidad suprimida el reconocimiento de la prima como factor salarial y por ende, la reliquidación de sus prestaciones; petición que fue negada mediante Oficio No. E-2310,18-201316950 de septiembre 23 de 2013, el cual fue enviado el día 25 del mismo mes y año.

Anotó, que por lo anterior, solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la respectiva procuraduría, pero la entidad siguió negando lo pretendido.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 4, 13 y 29 de la Constitución Política; Decreto 1933 de 1989, Decreto 1137 de 1994, Decreto 2646 de 1994, artículo 127 de C. S. del T.

El demandante, fundamenta que en la condición de trabajador del DAS, se debió tener en cuenta la prima de riesgo a la hora de liquidar todas las prestaciones, pues, acogiénose a los principios de igualdad y

³ Folios 1 - 6 del cuaderno de primera instancia.

favorabilidad, no podía reconocerse un elemento como factor salarial en un solo evento, pero no para el resto de prestaciones, pues ello, vulneraría el ordenamiento jurídico, desconociendo el artículo 4 de la Carta Magna, al tiempo que daría un trato desigual al pretender dar dos naturalezas jurídicas distintas, a un mismo elemento (prima de riesgo).

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO⁵**, a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que eran ciertos, excepto el cuarto que no lo era y el sexto, que no era un hecho.

En las razones de la defensa manifestó, que la prima de riesgo se constituyó de manera habitual y periódica, pero innegablemente no constituía un factor salarial para liquidar prestaciones laborales, en virtud de lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia.

Señaló, que el efecto de la prima de riesgo sobre las pensiones de jubilación, la concedió el Consejo de Estado en razón de la interpretación de las normas que regían dicha pensión, más no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones, fuera contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 1996.

Sostuvo, que la prima de riesgo reconocida en el ordenamiento, efectivamente era un ingreso laboral pero, se recalca, que la misma no se entregaba como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el hecho de que el trabajador, asumía un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

⁴ Folio 151 - 154 del cuaderno de primera instancia

⁵ Se tuvo inicialmente como Sucesora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS". Ver folio 194 - 196 del cuaderno de primera instancia

Presentó como excepciones previas las de caducidad e inepta demanda; y las de fondo: inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación, buena fe del extinto DAS, prescripción trienal y la genérica.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el día 19 de septiembre de 2017, inaplicó por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994. A su vez, declaró la nulidad del Oficio No. E-2310,18-201316950 de septiembre 23 de 2013 y en consecuencia, ordenó a la Fiduprevisora S.A., - Patrimonio Autónomo, en calidad de sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, liquidar y pagar las prestaciones sociales a favor del señor Suley Del Cristo Bustamante Gazabón, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo, en los términos y porcentajes en que era reconocida a lo largo de la prestación de los servicios.

Declaró probada la excepción de prescripción trienal, sobre las sumas causadas con anterioridad al 16 de septiembre de 2010.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que el actor desde el 29 de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, devengó una prima especial de riesgo del 30% sobre la asignación básica mensual, por lo que teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia citada sobre el tema, dicha prima se tenía como factor salarial y debía ser incluida, al momento de liquidar prestaciones laborales de los servidores públicos.

Por lo anterior, consideró el Juez, que debía declararse la nulidad del acto demandado, no sin antes inaplicar por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, ante la utilización de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, toda vez, que la tal disposición normativa exponía que la prima de servicios no se constituía en factor salarial.

⁶ Folios 761 (reverso) a 765 del cuaderno de primera instancia.

En cuanto a la prescripción, indicó que como el último reclamo de la reliquidación de las prestaciones se hizo el 16 de septiembre de 2013, tal reconocimiento se haría a partir del 16 de septiembre de 2010, ante la materialización de tal fenómeno para los periodos anteriores a la fecha señalada.

1.5.- El recurso.

La parte demandante⁷, presentó inconformidad con la anterior decisión, en cuanto decretó la prescripción trienal del derecho reclamado a partir del 16 de septiembre de 2010.

En relación a las cesantías señaló que eran imprescriptibles, conforme a la posición unificada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 25 de agosto de 2016.

Adujo el actor, que tenía derecho a que se le reliquidara y pagara lo concerniente a las cesantías causadas desde el mes de diciembre de 1994, cuando entró en vigencia el Decreto 2646 de 1994 y que establecía el derecho a perseguir la prima de riesgo a su favor, hasta el 31 de diciembre de 2011, calenda que acreditó estuvo vinculado en el extinto DAS y debido a que su incorporación a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, fue sin solución de continuidad en virtud del artículo 6 del Decreto 4750 de 2011.

Por lo anterior, solicitó el actor se modificara la sentencia de primera instancia, ordenándose la reliquidación de las cesantías desde el momento en que entró a laborar en el DAS y hasta el final del ejercicio administrativo de este.

-. La parte demandada⁸, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

⁷ Folios 773 – 774 (cd), del cuaderno de primera instancia.

Argumentó la parte recurrente, que si bien los empleados que ejercían funciones en el DAS, se les aplicaba un régimen especial y no el general, por ser más beneficioso, ello no significaba que tenían que constituir un híbrido tomando las normas de ambos regímenes, para tratar de obtener un mejor derecho. O se liquidaba de una forma o de otra. En este caso se aplicaría lo dispuesto en el régimen especial que cubría al actor 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 al trabajador, como a lo que no era tan beneficioso del sistema.

Manifestó, que los conceptos reclamados por la parte actora no se podían considerar prestaciones periódicas, que lo habilitaran para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante en que dejaron de cancelarse con ocasión de su retiro de la entidad, esto es, el 31 de diciembre del 2011, perdieron cualquier connotación, sumado el hecho que elevó petición mostrando su inconformidad y solicitando lo que pretendía en su demanda, estando retirado del servicio con el extinto DAS.

Sostuvo, que el retiro de servicio determinaba el carácter de periodicidad de la prestación, razón por la cual, no podía considerarse vigente y se debía aplicar la regla procesal de caducidad de la acción, no solo del acto demandado (oficio No. E-2310,18-201316807 de fecha septiembre 19 de 2013), sino en la oportunidad ante quien se reclamaba, pues, ahora estaba reclamando ante el Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto D.A.S. y su Fondo Rotatorio.

También adujo, que el A-quo efectuó una aplicación jurisprudencial distinta a la esbozada en la jurisprudencia citada, 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

⁸ Folios 373 - 374, del cuaderno de primera instancia.

1969; y el tema a abordar en este caso, no se trataba de la resolución de un tema pensional.

Indicó, que la normatividad establecía claramente que dicha prima especial no constituía factor salarial, lo cual era corroborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ende, se concluía, que si bien el legislador estableció la prima de riesgo indicando, expresamente, que esta 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.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de enero de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo⁹.

⁹ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

- En proveído de 21 de febrero de 2018, se dispuso correr traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo¹⁰.

- La parte demandante¹¹, alega que sobre el principio de prevalencia del derecho sustancial, se abre paso a la posibilidad de elevar peticiones sobre cualquier prestación, aun cuando se haya agotado y extinguido las oportunidades que la ley prevé para censurar el acto administrativo definitivo de reconocimiento, sin que la jurisdicción administrativa pueda declarar la caducidad de la acción, cuando sea sometida a su conocimiento el acto que niega dicha reliquidación.

Sostiene, que la prima de riesgo de los empleados del extinto DAS, si gozan del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2648 le niegue tal condición, en la medida en que la referida prima constituye en forma visible una retribución directa constante. Y arguye, que en 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 de 1994.

Por otro lado, alega el actor, que ha operado la prescripción trienal sobre los mayores valores resultantes de sus prestaciones, a partir del 2009 hacia atrás, exceptuándose el auxilio de cesantías.

Al efecto, señala el actor que el derecho a percibir el auxilio de cesantías, solo prescribe pasados tres años desde que la obligación se haya hecho exigible, esto es, a partir de la terminación de la relación laboral; entonces, como quiera que su incorporación con la Policía Nacional fue hecha sin solución de continuidad, considera que su derecho a la reliquidación de sus cesantías sigue vigente y por lo tanto, tiene derecho a que se le reconozca y pague el mayor valor, que resulte de la reliquidación de sus cesantías, con la inclusión de lo devengado por concepto de prima de

¹⁰ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 13 - 19, cuaderno de 2ª instancia.

riesgo, percibida en el periodo laborado para con el extinto DAS, que fue hasta el 31 de diciembre de 2011.

En virtud de lo anterior, reitera su solicitud de tenérsele como factor salarial la prima de riesgo con inferencia en todas las prestaciones sociales que recibía; solicitando además, que las cesantías se le paguen desde que se ordenó su pago en el extinto DAS hasta el año 2011.

- La parte demandada, Fiduprevisora S.A.¹², alega que los conceptos reclamados por la parte actora (reliquidación de las prestaciones con la inclusión del 35% de la prima de riesgo), no se pueden considerar prestaciones periódicas, que lo habiliten para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante en que dejaron de cancelarse con ocasión de su retiro de la entidad, esto es, 31 de diciembre de 2011, perdieron cualquier connotación.

Así entonces, arguye, que las prestaciones pretendidas por el demandante no se encuentran revestidas de periodicidad, en razón de la ausencia de la vigencia en la prestación del servicio y cualquier eventual periodicidad en los conceptos pretendidos, desapareció con su retiro de la entidad, lo que quiere decir, que quedaba sometido a la regla procesal de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento.

Sostiene que el retiro del servicio determina el carácter de periodicidad de la prestación, razón por la cual, no puede considerarse vigente y se debe aplicar la regla procesal de la caducidad de la acción, no solo del acto demandado, sino en la oportunidad ante quien se reclama, pues, ahora está reclamando ante el Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, pues, en virtud de la libertad de configuración legislativa en material laboral, no resulta violatorio que el Decreto 2646/1994 haya excluido la prima de riesgo que

¹² Folios 20 - 22, cuaderno de 2ª instancia.

devengaban los funcionarios del extinto DAS como factor salarial, aunado a que el carácter de periodicidad de la prestación, no puede considerarse vigente y se debe aplicar la regla general de caducidad de la acción.

- El Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, se circunscribe en determinar: ¿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?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. La prima de riesgo para servidores del extinto DAS, como factor salarial. Caso concreto.

La prima de riesgo como emolumento de orden laboral, percibido en el régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por algunos empelados 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.

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 2010¹³, 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”

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

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente con radicación interna 0568-08. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 2º 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 del emolumento en estudio, 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, esta Agencia Judicial, no puede pasar por inadvertido, que el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013¹⁴, 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

¹⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente con radicación interna 0070-2011. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

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

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 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."

De allí que, ante la nueva directriz forjada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se tiene que la prima de riesgo, goza de una naturaleza salarial intrínseca; sin embargo, a raíz de lo manifestado y atendiendo a que la problemática 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, al auscultarse un nuevo escenario del emolumento pluricitado, como factor salarial.

Esta nueva problemática, 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.

A la fecha, la discusión está en debate, no obstante, 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 forja, 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 2015¹⁵, 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 (...)

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

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente con radicación N° 2014-04249-00. C. P. Dra. María Elizabeth García González.

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 2015¹⁶, 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 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.”

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 confirmada.

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

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente con radicación N° 2014-04249-01. C. P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

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.

La excepción de inconstitucionalidad¹⁷, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha detentado 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 superior¹⁸.

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, **confirmará** el fallo de primera instancia.

2.3.2. Caducidad del medio de control.

Ahora, en punto de **caducidad del medio de control**, la entidad demandada alega que los conceptos reclamados por el actor no pueden considerarse prestaciones periódicas, que lo habiliten para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante en que dejaron de cancelarse con ocasión de su retiro de la entidad, esto es a 31 de diciembre de 2011, perdieron cualquier connotación.

El anterior argumento no es de recibo para esta Sala, como quiera que la entidad demandada no allegó prueba del acto administrativo de

¹⁷ 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.

¹⁸ Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 4o. *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.*"

liquidación de las prestaciones al momento del retiro del señor Suley Del Cristo Bustamante Gazabón; en tal sentido, mal podría aplicarse la figura de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando no existe o no se tiene certeza de la existencia del respectivo acto liquidatorio.

Sobre este aspecto, se aprecia que el A-quo en audiencia inicial¹⁹, en la etapa de "decisión de excepciones previas", previo a resolverla excepción de caducidad, ofició a la Fiscalía General de la Nación o la Fiduprevisora S.A. – vocera del PAP Fiduprevisora S.A., en calidad de sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., para que allegara al proceso, entre otras pruebas, una copia auténtica del acto administrativo de liquidación de las prestaciones sociales del demandante desde el año 1987 hasta el 2011, al momento de ser suprimido el DAS, de haberse realizado o certificación del por qué no se procedió en tal sentido.

Frente al anterior requerimiento, se tiene que la Coordinación de Gestión Financiera del Archivo General de la Nación, en el certificado de pagos y descuentos realizados por el D.A.S. al señor Suley del Cristo Bustamante Gazabón, señaló: *"Se expide la presente certificación a fin de remitir la información relacionada con la liquidación de las prestaciones sociales pagadas en su momento por el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad DAS, toda vez que dentro de los archivos recibidos por el Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado, no se evidencia la existencia y/o expedición del act o administrativo de dicha liquidación "* ²⁰.

Posteriormente, el día 19 de septiembre de 2017, se continuó con la celebración de la audiencia inicial²¹, en la cual el Juez resolvió que no había lugar al acaecimiento del fenómeno de la caducidad, en consideración a lo siguiente:

¹⁹ Celebrada el día 6 de abril de 2017. Folios 233 - 235 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Folio 282 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Celebrada el día 19 de septiembre de 2017. Folios 758 - 765 del cuaderno de primera instancia.

*“Revisadas las pruebas allegadas se advierte que no existió ningún acto expreso de vinculación del demandante a la Fiscalía General de la Nación, lo que se dio fue una incorporación automática del demandante como empleado del extinto DAS a la mencionada entidad, **sin que en su momento el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad DAS, expidiera acto administrativo contentivo de dicha liquidación, siendo así, que a folio 282 del cuaderno 2, se advierte certificado expedido por la coordinadora de la gestión financiera del Archivo General de la Nación Colombia, razón por la cual el acto a demandar si es el oficio N° E-2310 18-2013 16950, ya que mediante dicho oficio se negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.***

Teniendo claro que el acto a demandar estaba constituido por el oficio N° E-2310 18-2013 16950, se advierte que el mismo fue puesto en conocimiento el 25 de septiembre de 2013, previéndose así que el término de cuatro (4) meses exigido por la Ley para impetrar la demanda en este caso inicio el 26 de septiembre de 2013 y finalizo el 26 de enero de 2014.

Además la solicitud de conciliación extrajudicial que daría paso a la suspensión del término, fue presentada el 23 de enero de 2014, y la demanda es interpuesta el 25 de abril de 2014.

Por consiguiente se observa que la demanda de la referencia fue presentada dentro de la oportunidad dispuesta por la Ley para el ejercicio de la acción contenciosa administrativa, los cuatro (4) meses para acudir en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no se había cumplido, por lo que no hay lugar al acaecimiento del fenómeno de la caducidad”.

Conforme al anterior recuento, es claro que la situación planteada por la entidad demandada, había sido resuelta con anterioridad por el Juez de primer grado, sin que se observe que dicha parte hubiese presentado inconformidad alguna con dicha decisión. En todo caso y como quiera que es una figura que puede ser estudiada de oficio por el fallador, esta Sala es del concepto que la postura del A-quo, es la correcta, en tanto, no se puede predicar la caducidad del medio de control, cuando no existe el aludido acto liquidatorio de las prestaciones del demandante expedido por el extinto D.A.S.

2.3.3. Prescripción en el caso concreto

Frente al fenómeno de la **prescripción trienal**, insiste el demandante que el derecho a percibir el auxilio de cesantías, solo prescribe pasados tres años desde que la obligación se haya hecho exigible, esto es, a partir de la terminación de la relación laboral; entonces, como quiera que su incorporación fue hecha sin solución de continuidad, considera que su derecho a la reliquidación de sus cesantías sigue vigente y, por lo tanto, tiene derecho a que se le reconozca y pague el mayor valor que resulte de la reliquidación de sus cesantías, con la inclusión de lo devengado por concepto de prima de riesgo, percibida en el periodo laborado para con el extinto DAS, que fue hasta el 31 de diciembre de 2011.

Para este caso, se acota, que efectivamente la situación del demandante, no tuvo solución de continuidad, ya que al momento de ser suprimido el DAS, fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación²², lo que permite afirmar, que la vinculación laboral es actual y no se vio interrumpida.

Sin embargo, tal eventualidad no desestima el acaecimiento de la figura de la prescripción trienal, toda vez que al constituirse la prima de riesgo como salario, la misma para ser reconocida y pagada, debió ser exigida en el término de tres (3) años, contado a partir de su acaecimiento, anotándose, además, que la prima de riesgo, aplica solamente para el período en que el demandante integró la planta de personal del DAS, pues, una vez vinculado a la Fiscalía General de la Nación, por virtud del art. 7 del Decreto 4057 de 2011²³, la misma desaparece para integrar el concepto salario y será este, como factor, el que deba tenerse en cuenta.

²² Folio 103. El art. 6 del Decreto 4057 de 2011, textualmente señala: "Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)".

²³ "**Artículo 7°...** 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

Así las cosas, la Sala confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción trienal, de aquellos emolumentos causados, con anterioridad al 16 de septiembre de 2010, como quiera que el demandante interrumpió el instituto en cita, a través de reclamación elevada, el día 16 de septiembre de 2013²⁴.

2.3.4. De la condena en costas y el régimen objetivo, implementado con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 - Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.

Se entiende por costas, *“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas”*²⁵.

Por lo tanto, las costas procesales se traducen en una medida desventajosa para aquel, que fue vencido en un procedimiento judicial en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, en torno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales...”.

²⁴ Tal como se desprende del oficio demandado, visible a folio 9 del cuaderno de primera instancia.

²⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional, abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de la historia legislativa del país, destacando un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo, caracterizado por el solo hecho de ser vencido²⁶, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa, que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”²⁷, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de

²⁶ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

²⁷ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso²⁸, el cual no determina una condición subjetiva para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público²⁹.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales³⁰, la determinación de condenar en costas bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA, en donde además, se debe liquidar en la sentencia, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

Acorde con lo antes anotado, y en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el *A quo*, se estima, que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad, las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada, debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere, en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el juez, no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

²⁸ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”

²⁹ Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

³⁰ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

En consecuencia, se tendrá por no prosperó, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de ahí, que no hay lugar a revocar la decisión recurrida, en tal sentido.

2.4. Condena en Costas. Segunda Instancia.

En virtud de lo anterior y como quiera que no prosperaran los recursos interpuestos contra la sentencia de primer grado, se prescinde de condenar en costas procesales a las partes en esta instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia de 19 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin **CONDENA** en costas en sede de segunda instancia.

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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0110/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA