

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3335-025-2014-00331-00
Demandante : AMPARO GUEVARA CARDONA
Demandado : DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS (LIQUIDADO) Y OTROS

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora Amparo Guevara Cardona, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS y otros, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.28-35).

1.2 Pretensiones.

“Declarar que el artículo 4º, del decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, es inaplicable para este caso concreto, por ser contrario a la constitución y la ley en forma manifiesta, lesionando los derechos laborales de la parte demandante.”

Se declare la nulidad del oficio E-2310,18-201320750 de 25 noviembre de 2013 por medio del cual, se negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...pagarle a la señora Amparo Guevara Cardona, la suma indexada que resulte de la reliquidación de todas las primas legales, extralegales, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, causadas a partir de la entrada en vigencia de la anterior norma, hasta la desvinculación de la funcionaria de la entidad demandada, teniendo como base para la reliquidación la prima especial de riesgo establecida en el decreto 2646 de 1994 como factor salarial.

Ordenar el reajuste de los aportes a la seguridad social teniendo como fundamento la anterior reliquidación.

Condenar a la parte demandada por los gastos y costas (...).

1.3 Hechos.

Relata la demandante que estuvo vinculada como funcionaria del DAS desde el 6 de julio de 1994.

Mediante petición elevada a la entidad, solicitó la reliquidación de todos los factores salariales, incluyendo la prima especial de riesgo como factor salarial. Petición que fue denegada mediante Oficio No. E-2310,18-201320750 de 25 de noviembre de 2013.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 1, 2, 25 39, 48, 53, 55, 56 y 64; Decreto Ley 1042/78, Ley 54 de 1962.

El apoderado de la parte demandante, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- La entidad demandada, además del salario, pagaba mensualmente a la demandante una prima denominada "prima de riesgo", la cual era pagada en forma habitual y periódica durante el vínculo laboral, como contraprestación directa del servicio. Dicha prestación en principio fue otorgada para un determinado grupo de funcionarios, pero posteriormente fue ampliada hasta

llegar a beneficiar a todos los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad.

- La norma gestora de la "Prima de riesgo", no la excluyó como constitutiva de salario.
- La inaplicabilidad es evidente no solo por contrariar normas de orden constitucional sino por la misma decisión del gobierno nacional de corregir la incongruencia, dado que por medio del inciso segundo del artículo 7° del decreto 4057 de octubre 31 de 2011, reconoció tácitamente el carácter salarial que tiene la prima de riesgo, al punto de incorporarla a la asignación básica, constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales y así no desmejorar las condiciones salariales del personal que se habría de incorporar a las entidades receptoras.
- El Decreto 2646 de 1994, que reglamentó la prima de riesgo para los empleados del DAS, indicando que no constituía factor salarial, es violatorio de normas superiores, en cuanto a los principios de primacía de la realidad sobre las formas, de la inviolabilidad e invulnerabilidad de los derechos laborales adquiridos establecidos en los artículos 53 y 58 C.P.

1.5 Contestación de la demanda.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Hoy Fiduciaria la Previsora S.A.) en memorial visible a folios 144-148 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando que respecto del acto administrativo demandado, no fue "agotada la vía gubernativa", *"las posibles omisiones que refiere del acto tales como la no indicación de los recursos ni los términos en que estos proceden no general el efecto de eludir la interposición de los recursos, sino el de eventualmente invalidar la notificación del acto"*.

1.6 Audiencia inicial

El 6 de octubre de 2016, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, quedando en suspenso hasta tanto se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada que declaró no probada una excepción. Una vez devuelto el proceso por el superior, se reprogramó dicha diligencia para el 24 de agosto de 2018, en la que se llevaron a

cabo todas las etapas procesales previstas en el artículo 180 del CPACA, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

La parte demandante Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda.

La entidad demandada Reiteró los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a dilucidar, si a la señora Amparo Guevara Cardona le asiste o no el derecho, a que le sea tenida en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para todos los efectos prestacionales, y en tal sentido, que se reliquiden las mismas con la inclusión de dicho emolumento.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Certificado suscrito por la Subdirectora de Talento Humano del DAS, en el que se constata que la señora Amparo Guevara laboró en dicha entidad desde el 6 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, en calidad de empleado público, desempeñándose en el cargo de Técnico 305-05 (fl.22).
- ✓ Derecho de petición por medio del cual, la demandante solicita de la entidad, el reajuste de todas las prestaciones salariales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial (fs.1-2).
- ✓ Oficio No. 2310,18-201320750 de 25 de noviembre de 2013 por medio del cual, se niega la petición elevada por la actora (fl.3)

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

De la prima de riesgo

Sea lo primero indicar, que el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1717 de 1960 sustituyó al antiguo Servicio de Inteligencia Colombiana, siendo así la entidad encargada de garantizar la seguridad nacional interna y externa.

Ahora bien, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1933 de 1989, fijó el régimen salarial de los empleados del Departamento Administrativo de seguridad, para lo cual dispuso que a dichos funcionarios se les aplicarían las disposiciones contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3o., en lo atiente a prestaciones sociales. Igualmente, en el artículo 4º del referido decreto creó la denominada prima de riesgo, en los siguientes términos:

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

De la norma precitada, se observa que la prima técnica se reconocería solo en favor de un grupo determinado de empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, siendo equivalente al 10% de su asignación básica, sin establecerse de manera clara y precisa la naturaleza de dicho emolumento, es decir, que no se precisó si aquella constituía o no salario.

Posteriormente, el Gobierno Nacional mediante los Decretos 132 de 1994 (artículo 1º)¹ y 1137 de 1994 (artículo 1º)² no solo incrementó los porcentajes de la prima de riesgo, al 20% y 30%, respectivamente, y amplió los funcionarios del DAS que serían beneficiarios de dicha prestación; sino que también estableció que dicho rubro no tendría carácter salarial.

El Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994³ derogó el artículo 4 del decreto 1933 del 23 de agosto de 1989 y el decreto 1137 de 2 de junio de 1994, para lo cual, respecto de la prima de riesgo dispuso lo siguiente:

***“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” (Subraya el despacho).*

De conformidad con el recuento normativo aquí referido, se concluye que la prima de riesgo es un emolumento, que en tratándose de los funcionarios del extinto

¹ “Artículo 1. Los servidores públicos que prestan los servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al veinte por ciento (20%) de su asignación básica mensual, la cual no tendrá carácter salarial.”.

² “Artículo 1. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el decreto 132 de 1994.”(

³ “Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”.

Departamento Administrativo de Seguridad, tenía como propósito hacer una erogación adicional a quienes asumían un riesgo excepcional o mayor en el desarrollo de sus funciones, dada la naturaleza de dicha entidad. Igualmente, que el Gobierno Nacional nunca le otorgó el carácter de salarial a la Prima de Riesgo.

Del Salario

Atendiendo que en el presente proceso se pretende la inaplicación del artículo 4º Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, y en consecuencia, se determine que la prima de riesgo consagrada en el referido decreto, tiene naturaleza salarial es del caso, determinar a la luz de la legislación colombiana que se entiende por salario, para lo cual bastaría, indicar que por salario se debe entender como la retribución que el empleador que debe erogar en favor del trabajador como contraprestación del servicio; sin embargo, dicho concepto es más amplio y reviste de otras características.

Constitucionalmente el salario se concibe correlativamente como una obligación a cargo del empleador y un derecho del trabajador, siendo este una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (artículo 53).

El legislador definió en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que por salario se debe entender “...no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-521 de 1995, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, acerca de lo que se debe entender por salario, precisó lo siguiente:

“...La regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales,

acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales”

Por su parte, el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios públicos, señaló en su artículo 45 que salario es toda suma *“que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”*

De lo expuesto, se colige que el salario es un derecho constitucionalmente garantizado, entendiéndose como tal, todo emolumento que sea pagado por el empleador de manera habitual y periódica cuya finalidad sea la de retribuir directamente el servicio prestado por el trabajador.

De la supresión del DAS

Con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, el Presidente de la República expidió el Decreto 4057 de 2011, mediante el cual dispuso: i) la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, ii) la prohibición de iniciar nuevas actividades y iii) el traslado de funciones de la suprimida.

La mencionada disposición previo en materia laboral, lo siguiente: i) la supresión de empleos y el proceso de incorporación de los servidores públicos de la entidad sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en las entidades receptoras y ii) en su artículo 7o determinó el régimen de personal, indicando que el salarial, prestacional, de carrera y de administración de los incorporados correspondería al que rigiera en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional; sin embargo, se precisó que la prima de riesgo se entendería incorporada a la asignación básica o en forma de bonificación o en forma de bonificación (en caso de presentarse diferencias), con carácter salarial. En efecto, el tenor literal del referido artículo es el siguiente:

“ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN DE PERSONAL. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

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.

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.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora” (Negrita no original).

Ahora bien, por medio del D.4059/11 (Se modifica la planta de la Fiscalía General de la Nación), y mediante el D.4060/11 (se establecen equivalencias de empleos) las normas que estableció que a los servidores no se les exigirían requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares y que la aplicación de tales equivalencias no conllevaría la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afectaría los procesos de selección en curso.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

Se pretende en el presente proceso la inaplicabilidad del artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, en el cual se indica que la prima de riesgo que perciben los funcionarios del DAS no constituye factor salarial.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, es preciso indicar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en tratándose de la inclusión de la prima de riesgo como factor de liquidación pensional, en principio, determinó que dicho emolumento no constituía salario; sin embargo, dicha posición fue modificada y

unificada mediante sentencia del 01 de agosto de 2013⁴, en la cual se estableció que la mencionada prima tiene connotación salarial, dado que la misma se percibe habitual y periódicamente y su finalidad es la de retribuir el servicio prestado por los funcionarios del DAS que la perciben. Al respecto, el referido fallo, puntualizó:

“(…)

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales⁵, 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 1991⁶ 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.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del primero (1) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11). Actor: HECTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO.

⁵ Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ "ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).”.

(...)

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.

(...)"

Por su parte, en sentencia de 26 de mayo de 2016 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷, Sección Segunda, Subsección "C", sobre la naturaleza de la prima de riesgo, puntualizó lo siguiente:

"Bajo la égida de los artículos 53, 58 y 93 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 1º del Convenio 095 de la OIT, la Sala comparte la tesis de que la prima de riesgo en efecto sí constituye factor salarial, conforme expuso el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, toda vez que las características de su génesis, causa y objeto, son propias del concepto de salario. En efecto, es evidente que se trata de una remuneración legal, habitual y periódica (mensual), reconocida por el empleador (DAS), a sus trabajadores como contraprestación directa del servicio prestado en forma personal en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron vinculados (actividades de alto riesgo).

No se trata, por tanto, de un pago esporádico u ocasional que provenga del mero arbitrio del empleador, ajeno a la prestación del servicio para el cual se vinculó a tales servidores públicos. Por el contrario, el reconocimiento y pago de la prima de riesgo a favor del empleado, deviene como consecuencia jurídica inmediata y obligada para el empleador ante el ejercicio de las actividades que la propia ley determina como merecedoras de esa remuneración, esto es que sí constituye una remuneración directa por la prestación del servicio en actividades de alto riesgo.

Por lo tanto, la Sala concluye que, contrario a lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 2646 de 1994 y bajo la égida del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta, la prima de riesgo reconocida y pagada a los ex empleados del DAS, sí es salario a la luz de lo establecido en los artículos 1º, 2º y 3º del decreto 2646 de 1994, en concordancia con el decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte

⁷ M.P. Amparo Oviedo Pinto, Rad. No. 11001-33-35-026-2014-00107-0, Demandante: Fernando Fernández Rodríguez, Demandado: UAEMC

Constitucional, interpretación que se ajusta al mandato del artículo 93 de la Constitución que llama a interpretar las normas de derecho interno conforme a los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en este caso el artículo 1º del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario.” (Negrita por el Despacho).

A su vez, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad⁸, al referirse sobre los alcances de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 01 de agosto de 2013, en lo atinente a la naturaleza de la prima de riesgo para liquidar las prestaciones sociales, indicó lo siguiente:

“(…)

Cabe señalar que, aunque el Consejo de Estado sólo le ha atribuido a la prima de riesgo el carácter de “factor salarial” para lo que tiene que ver con liquidaciones pensionales, y nada ha establecido con relación al alcance que tiene respecto a la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados que devengan dicha prestación, ha sido porque, hasta ahora, lo que se ha demandado es la reliquidación de pensiones a cargo del fondo respectivo, y con ocasión de ello no le era dable a la judicatura analizar la procedencia de su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales, por lo que, para el caso que nos ocupa, se le debe dar una aplicación extensiva a lo manifestado por ese Alto Tribunal y en consecuencia, incluirse la referida prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales del accionante, por aplicación extensiva del razonamiento efectuado en torno al tema pensional.

Ahora, encuentra la Sala que los artículos 16 y 17 del Decreto 1933 de 1989 enumeran los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la prima de navidad y vacaciones de los trabajadores del DAS, dentro de los cuales no se encuentra contemplada la prima de riesgo; no obstante, tales normas no son taxativa, toda vez que el concepto de salario no se limita a la asignación básica, sino que incluye todo lo que el trabajador recibe de manera habitual y periódica como contraprestación directa del servicio prestado, independientemente de la denominación que se le dé, como lo ha definido el H. Consejo de Estado, así:

(…)

Así las cosas, se observa que la prima de riesgo fue concebida para los empleados del DAS que por el ejercicio de sus funciones, se encontraban expuestos a un peligro mayor, por lo que les fue concedida de manera habitual y periódica, y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que la convierten en salario, de conformidad con lo manifestado por el H Consejo de Estado en los anteriormente citados pronunciamientos jurisprudenciales y a pesar de lo establecido en la norma sobre su inclusión o no como factor salarial.”

De acuerdo a los referentes jurisprudenciales citados, el Despacho infiere que pese a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo constituye o tiene connotación salarial, toda vez que la misma, por un lado, se percibía de manera habitual y periódica por los ex funcionarios del extinto DAS, y

⁸ Sentencia de 04 de noviembre de 2014, M.P. Dr. Jorge Iván Duque Gutiérrez, Rad. N°. 05001333302320130009001, Actor: Miguel Ángel Piedrahita Henao, Demandado: DAS

de otra parte, tenía como finalidad retribuir el servicio excepcional que prestaban los empleados que tenían derecho a ella.

Aunado a lo antes expuesto, de manera clara se infiere que el Decreto 4057 de 2011, precisó que los funcionarios del extinto DAS que fueran incorporados en las entidades receptoras (Fiscalía, Migración Colombia y Dirección Nacional de Protección), no podrían percibir una asignación básica menor a la que percibían en dicha entidad, y en el evento que ello ocurriera, se debería reconocer una bonificación con carácter salarial que compensará no sólo la asignación básica sino la prima de riesgo, lo que deja entrever, que la naturaleza del mencionado emolumento constituye salario.

Así las cosas, a juicio de este juzgador es procedente inaplicar el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, comoquiera que el mismo vulnera el artículo 53 de la Constitución Política, en especial, el principio de "*Primacía de la realidad sobre las formalidades*", dado que pese que en la referida norma se indica que la prima de riesgo no constituye salario, lo cierto, es que atendiendo a las características de dicho rubro aquel sí tiene connotación salarial.

De conformidad con lo antes expuesto, es del caso entrar a analizar si el acto administrativo demandado, esto es, el Oficio No. E-2310,18-201320750 de 25 de noviembre de 2013, vulneró el ordenamiento jurídico al negar la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para computar las mismas.

En este orden de ideas, es preciso indicar que se acreditó en el proceso que la señora Amparo Guevara Cardona estuvo vinculada con el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, durante el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose como Técnico 305-05⁹, y que en razón de dicha relación laboral, la entidad demandada le pagaba, además de la asignación básica, una prima de riesgo equivalente al 15% del sueldo.

En consecuencia, al advertirse que la prima de riesgo tiene connotación salarial y que la demandante percibió dicho emolumento, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado; sin embargo, el despacho aclara, que si bien los artículos

⁹ Según consta en certificación obrante a folio 22 del expediente.

16, 17 y 18 del Decreto 1933 de 1989, establecen una lista de los factores que integran la base de liquidación de las primas de navidad y vacaciones, el auxilio de cesantía, respectivamente, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo; lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ las listas que consagran factores de salario para liquidar prestaciones no son taxativas, por tanto, es posible el reconocimiento de las referidas prestaciones con la inclusión de la prima de riesgo.

Decisión

Atendido lo aquí expuesto, el Despacho inaplicará el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, y en consecuencia, declarará la nulidad del Oficio No. E-2310,18-201320750 de 25 de noviembre de 2013, por cuanto vulneró el ordenamiento jurídico al negar la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para computar las mismas, por ende, a título de restablecimiento del derecho se dispondrá que la Fiduciaria la Previsora S.A., reliquide todos los emolumentos legales y extralegales, las primas de servicios, vacaciones y navidad y las cesantías e intereses a las cesantías, con la inclusión de la prima de riesgo (15%) como factor de liquidación, desde la fecha del nacimiento del derecho hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la que la accionante dejó de prestar sus servicios personales al DAS, sin perjuicio de la prescripción de derechos.

De otra parte, es de precisar que el Despacho no encuentra prueba alguna de que sobre la prima de riesgo se hayan efectuado descuentos por aportes a la seguridad social, motivo por el cual deberá la entidad accionada realizar el descuento sobre dicho rubro, si no lo hubiere realizado, durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral entre la demandante y el extinto DAS.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la parte accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

¹⁰ En sentencia de 07 de octubre de 2010, el máximo Tribunal de lo Contencioso (Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07), en lo atinente al alcance normativo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, preciso que "no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador."

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las mesadas pensionales o reliquidación de las mismas, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por la señora Amparo Guevara ante el Departamento Administrativo de Seguridad el día 31 de octubre de 2013, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2010, se encuentran prescritas.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"¹¹.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a

¹¹ Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

¹² Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹³

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. INAPLICAR por inconstitucional el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. E-2310,18-201320750 de 25 de noviembre de 2013, por medio del cual, se negó a la demandante la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones económicas.

¹³ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera del PAP del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, a:

- a) **Efectuar una nueva liquidación** de las primas de servicios, vacaciones y navidad y las cesantías e intereses a las cesantías y demás emolumentos legales y extralegales que percibió la señora AMPARO GUEVARA CARDONA, identificada con la Cédula de Ciudadanía 51.755.588, con la inclusión de la prima de riesgo (15%) como factor de liquidación, desde la fecha del nacimiento del derecho hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la que la demandante dejó de prestar sus servicios personales al DAS, sin perjuicio de la prescripción de derechos.
- b) **Páguese** a la señora AMPARO GUEVARA CARDONA, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 31 de octubre de 2010, por prescripción trienal. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.
- c) Efectuar los descuentos correspondientes por aportes a la seguridad social sobre la prima de riesgo, si no se hubieren realizado, durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral entre la demandante y el extinto DAS.

CUARTO. DECLARASE probada de oficio la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2010, conforme se advierte en la parte motiva de la presente providencia.

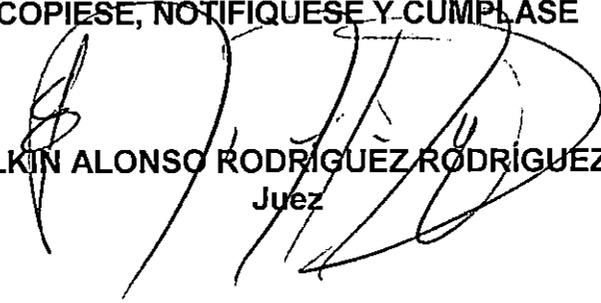
QUINTO. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Juez