



135-41
02

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00058-02
Demandante	MARTHA SUSANA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Demandado	NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA SEGURIDAD DAS – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Prima de Riesgo - factor salarial

I.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandante y demandada, contra la sentencia del 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se inaplica por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en consecuencia, se declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se condenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA a reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por MARTHA SUSANA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la sociedad NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA SEGURIDAD DAS (SUPRIMIDO) – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA



13-001-33-33-002-2014-00058-02

2.3. La demanda¹.

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada por la señora MARTHA SUSANA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo número E-2310-18-201318068, notificado el 16/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones,

2.4. Pretensiones

"PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4º del decreto Nro. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos sobre las normas laborales, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310-18-201318068, notificado el 16/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

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

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

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

2.5. Hechos

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

¹ Folios 1-16 Cuaderno No. 1



13-001-33-33-002-2014-00058-02

El accionante laboró al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS entre el 20 de febrero de 1991 y el 31 de diciembre de 2011, ocupando el cargo de Secretaria 05 del Área Administrativa y devengando la suma de \$1.045.155 como asignación básica.

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

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

La prima de riesgo percibida por el accionante era equivalente a un 15% de su asignación básica mensual.

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

Que elevó reclamación administrativa dirigida al DAS en proceso de supresión el 4 de octubre de 2013, se solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como son las primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses de cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.





13-001-33-33-002-2014-00058-02

En el acto administrativo particular número E-2310-18-201318068 notificado el 16 de octubre de 2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y en el mismo no se le indicó cuáles recursos procedían, quedando agotada la vía gubernativa.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

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

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

En esencia, considera que la prima de riesgo al tratarse de un emolumento devengado en forma permanente, habitual y como contraprestación por la prestación del servicio y a favor de todos los servidores del DAS, se hace necesario tenerle como factor salarial incluso para efectos prestacionales. Ello ha sido reconocido por el Consejo de Estado⁴ para efecto de tener en cuenta la prima de riesgo como parte del IBL para efecto de la liquidación del monto de las pensiones de los servidores del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD.

El carácter salarial de la prima de riesgo ha sido igualmente reconocido por la Sala de Consulta y servicio Civil en concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002. En consecuencia, el Artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 debe ser inaplicado en tanto resulta incompatible con la Constitución Política.

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

² Corte Constitucional – Sentencia SU-995 de 1999.

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

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





13-001-33-33-002-2014-00058-02

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

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

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

2.7. Contestación de la Demanda⁵

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

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

Razones de la Defensa

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

Que la prima de riesgo sobre la pensión de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de

⁵ Folio 51-65 Cuaderno No. 1



13-001-33-33-002-2014-00058-02

jubilación, más no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones; sea contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia C- 279 de 1996.

Excepciones

- Inepta Demanda por inexistencia del acto administrativo

Indica que el acto acusado no es un acto definitivo, no es un acto susceptible de ser demandado judicialmente, es decir, no reúne los presupuestos necesarios para que se considere un acto administrativo definitivo, por el contrario es un acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional.

- Caducidad

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

- Falta de legitimación en la causa por pasiva

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

- Falta de Interés para pedir

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





III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

La Juez de primera instancia teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, encontró que resulta procedente reconocer el carácter salarial a la prima de riesgo devengada por los servidores del DAS; en consecuencia, inaplica el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, confrontando el contenido del Oficio No. E-2310,18-201318068 de 11 de octubre de 2013, con las disposiciones que se invocan como vulneradas, tuvo por configurado el cargo de nulidad de violación de norma superior.

Al estar probado el cargo de nulidad, se accedió a la pretensión correspondiente de la demanda y a título de restablecimiento del derecho, se ordenó a la NACIÓN – UAE MIGRACIÓN COLOMBIA, reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor de la accionante, incluyendo la prima de riesgos, por el tiempo que estuvo vinculada al extinto DAS desde el 9 de octubre de 2010 y las que se causen a futuro. De igual forma, declaró la prescripción de los emolumentos causados con anterioridad al 9 de octubre de 2010.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Recurso de la parte demandante⁷:

El motivo de su inconformidad es la prescripción de las cesantías, dado los pronunciamientos del Consejo de Estado, donde se indica que el auxilio de las cesantías es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es que el trabajador solo puede disponer libremente de la misma, hasta tanto haya terminado el contrato de trabajo que lo liga a su empleador, por lo tanto, el término prescriptivo debe iniciarse a la terminación del vínculo laboral.

Explica que los ex funcionario del extinto DAS, la prescripción sobre las cesantías no aplica, pues si bien la entidad se suprimió, los funcionarios fueron incorporados en otras entidades públicas y la actora continua vinculada a dicho ente receptor, pues lo que en realidad se originó fue una sustitución

⁶ Folios 118-134 cuaderno No. 1

⁷ Folios 142-148 Cuaderno No. 2





13-001-33-33-002-2014-00058-02

patronal y no una terminación de la relación laboral, como quedó debidamente probado en el expediente.

Otro motivo de inconformidad, lo constituye la ausencia de condena en costas y agencias en derecho a la parte vencida, puesto que la parte actora incurrió en gastos que deben ser reintegrados. Al respecto expone que tanto la ley como la jurisprudencia del consejo de estado establecen que la condena en costas es objetiva, por lo que no hay lugar a valoración subjetiva de la conducta desplegada por la entidad vencida.

4.2 Recurso de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia⁸:

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que el Congreso de la República, por medio de la Ley 4 de 1992, le atribuyó competencias al ejecutivo para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Que en virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2642 de 1994, por medio del cual se creó la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, con las restricciones que el mismo contiene.

Manifiesta, que de acuerdo con el art. 149 del CAPACA, es al Consejo de Estado a quien le corresponde el estudio de la nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades de orden nacional, en ese sentido, no es posible inaplicar el Decreto 2642 de 1994, en la medida en que éste no ha sido declarado nulo por la autoridad judicial correspondiente.

Afirma, que existen diferentes pronunciamientos que a nivel de juzgados y tribunales, niegan el reconocimiento de la prima de riesgo, como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, sino únicamente para liquidar la pensión, lo cual no es el caso de la demandante.

Explica, que la supresión de la prima de riesgo, obedece a que el funcionario ya no realiza actividades de alto riesgo, lo cual era el sustento de la creación de dicho factor.

⁸ Folios 149-152 Cuaderno No. 2





V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

El presente asunto, fue repartido a este Tribunal por medio de acta del 13 de julio de 2017⁹, siendo admitido el mismo el día 6 de abril de 2018¹⁰; y el 28 de septiembre de 2018 se procedió a correr traslado para alegar de conclusión¹¹.

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante¹²: Reitera los argumentos esbozados en el recurso de alzada, relativo a no estar de acuerdo con la prescripción de las cesantías.

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

6.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1 Competencia.

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

7.2. Actos administrativos demandados.

- Nulidad del acto administrativo número E- 2310-18-201319320, mediante el cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales, con inclusión de la prima de riesgo¹⁴.

⁹ Folio 4 c. 2

¹⁰ Folio 5 c. 2

¹¹ Folio 9 c. 2

¹² Folios 12-19 Ibidem

¹³ Folios 20-25 Ibidem

¹⁴ Folio 23 c. 1





13-001-33-33-002-2014-00058-02

7.3. Problema jurídico.

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por los apelantes en sus recursos, conforme lo establece el art. 328 del CGP¹⁵; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo?

Con relación a los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se establecerá lo siguiente:

¿Ha operado el fenómeno prescriptivo de las cesantías?

¿Es obligatorio condenar en costas y agencias en derecho, en la sentencia que le pone fin al proceso?

La respuesta a los anteriores interrogantes, será sustentada en la siguiente,

7.4 Tesis de la Sala

La Sala revocará parcialmente la sentencia de 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido que no ha operado el fenómeno de la prescripción de las cesantías.

Igualmente, se revocará el numeral quinto de la sentencia impugnada, toda vez que la condena en costas en el proceso contencioso administrativo es objetiva, por lo que el Juez no puede abstenerse de imponer la misma, so pretexto de que la misma es facultativa.

En lo demás, se confirmará la sentencia recurrida, toda vez que se comparte los argumentos de la providencia, donde se inaplica por inconstitucional, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en consecuencia, se encuentra ajustado a derecho el decreto de nulidad del acto acusado, toda vez que la prima de

¹⁵





13-001-33-33-002-2014-00058-02

riesgo, debe ser incluida en la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, así como lo ha señalado la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) antecedente jurisprudencial y normativo sobre la prima riesgo, (ii) caso concreto; (iii) conclusión.

7.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

7.5.1. Normatividad que regula la prima de riesgo

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

"Artículo 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.

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

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

"Artículo 1º Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

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

El Decreto 2646 de 1994 dispuso lo siguiente:



13-001-33-33-002-2014-00058-02

"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.

PARÁGRAFO. El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.

ARTÍCULO 4º. La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 133 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."

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

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



13-001-33-33-002-2014-00058-02

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

7.5.2. Jurisprudencia

Por su parte el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶, se refiere sobre el carácter salarial de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de la mesada pensional. Se procede citar el siguiente aparte:

"En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales¹⁷, 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.

¹⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁷Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



13-001-33-33-002-2014-00058-02

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹⁸ 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."¹⁹

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." (Subrayas fuera del texto).

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

7.6. Caso concreto.

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

¹⁸«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.»

¹⁹ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.



7.6.1. Hechos probados

- La demandante laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- entre el 19 de febrero de 1991 y el 31 de diciembre de 2011, siendo su último cargo el de como Secretaria 309-5, devengado una asignación básica de \$ 1.045.155, y una prima de riesgo equivalente al 15% sobre la asignación básica mensual. (folio 28)
- La demandante elevó reclamación administrativa el 11 de octubre de 2013, solicitando se reliquide sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo. (folios 20- y rev)
- La Subdirectora de Talento Humano, certifica que la señora Angélica Yadira Muñoz Restrepo, para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, devengó prima de riesgo en el porcentaje del 15% (folios 24-27)
- Certificado salarial de la demandante donde consta que recibía la prima de riesgo desde 1995 hasta 2011 (folios 28-29)

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

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





13-001-33-33-002-2014-00058-02

trata de una suma que se recibe de manera periódica y habitual, quedando claro con la sentencia de unificación la naturaleza salarial de la prima de riesgo.

En consecuencia, el actor apoyados en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue recibida de manera habitual y periódica por el actor, tal como lo demuestran las certificaciones expedidas por el Subdirector de Talento Humano (folios 28-29)

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

Ahora bien, atendiendo que en la sentencia de primera instancia se declara la inaplicación por inconstitucional del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; esta Corporación, con relación a la excepción de Inconstitucionalidad, explica que ésta es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4° superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea



13-001-33-33-002-2014-00058-02

procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe"²⁰

En el caso en estudio, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicha prima; no obstante, esta Corporación, considera que el A quo actuó correctamente al inaplica la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, y para la cual se encuentra facultado según lo dispuesto en el art. 148 del CPACA, toda vez, que la misma vulnera el derecho a la igualdad de la demandante.

Corolario de lo expuesto, para darle respuesta al primer interrogante planteado como problema jurídico, esta Corporación, dándole una aplicación extensiva a lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia transcrita, sostiene que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, toda vez que se trata de una suma que la accionante recibe de manera periódica y habitual, que, aunque el Decreto 2646 de 1994 le niegue la condición de factor salarial, sí constituye una retribución directa a la prestación del servicio.

Por otro lado se observa que, la parte actora expone una inconformidad con la decisión adoptada en la providencia de primera instancia, en lo que se

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





13-001-33-33-002-2014-00058-02

refiere, únicamente, a la prescripción de las acreencias que corresponderían a las prestaciones sociales, concretamente en lo que se refiere a las cesantías; de igual forma, impugna el hecho de que el Juez de primera instancia se haya abstenido de condenar en costas y agencias en derecho a la entidad vencida en este caso, que es la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA.

Sobre el primero de los puntos, expuso que no es cierto que haya operado la prescripción de las cesantías, dado los pronunciamientos del Consejo de Estado, donde se indica que el auxilio de las cesantías es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es que el trabajador solo puede disponer libremente de la misma, hasta tanto haya terminado su vinculación, por lo tanto, el término prescriptivo debe iniciarse a la terminación del mismo.

Sobre este tópico, esta Corporación, considera que le asiste razón a la recurrente, atendiendo que las cesantías es una prestación social, de la que se puede disponer cuando se termina el vínculo laboral, en tal virtud, el término de prescripción de las mismas, solo se empieza a contar al finalizar el mencionado vínculo, en el caso sub examine, se acreditó que el día **31 de diciembre de 2011**, es el momento en que la ex funcionaria debió recibirla y beneficiarse de ella.

No obstante lo anterior, en la reclamación administrativa que presentó la actora al extinto DAS, el día **11 de octubre de 2013**, se destaca que se solicita la reliquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial, luego entonces, no sería aplicable el fenómeno prescriptivo trienal, puesto que la reclamación se hizo dentro de los tres años siguientes al momento que se hizo exigible, **31 de diciembre de 2011**; en consecuencia, se revocará parcialmente el numeral 4 de la sentencia apelada, en el sentido que el fenómeno prescriptivo no ha operado para las cesantías.

En lo que se refiere al segundo punto de discordia – condena en costas y agencias en derecho – este Tribunal ha expuesto que las mismas corresponden a un régimen objetivo, conforme al parámetro establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A., de modo que, por el sólo hecho de haber prosperado en su totalidad las pretensiones de la demanda o haber sido negadas, da lugar a imponerlas; en consecuencia, la parte que pierde, debe



13-001-33-33-002-2014-00058-02

soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere.

En ese sentido, la Sala reitera la posición que ha sostenido desde el inicio de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de que el régimen consagrado en el artículo 188 es objetivo puesto que la remisión al artículo 392 del CPC, vigente al momento de la expedición de la norma en comento, consagraba un régimen objetivo sustentado en el hecho de que la parte vencida era condenada en costas, diferenciando que en el régimen del estatuto adjetivo, no sólo se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sino también por no prosperarle otras peticiones a las partes, tales como recursos, incidentes, excepciones previas, nulidades; así las cosas, el CPACA sólo determinó que la condena en costas, es cuando la parte es vencida mediante una sentencia, entendiendo este acto procesal de primera y segunda instancia; por lo tanto, no hay que valorar si la conducta de la parte vencida fue de buena o mala fe en el proceso; ese fue el cambio del CCA al CPACA.

Igual tratamiento, consagra el C. General del Proceso en los artículos 365 y 366, cuando sostiene que la condena se impondrá objetivamente, pero su liquidación será concentrada por el juez de primera instancia; por esa razón, no puede revocarse la condena en costas impuesta en el numeral 7º del fallo recurrido.

7.10 Conclusión

En este orden de ideas, se concluye por la Sala, que en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer la liquidación de la prestación sociales de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Con relación a la prescripción de las cesantías, esta Magistratura, considera que le asiste razón a la recurrente, en el sentido que el fenómeno prescriptivo no ha operado para dicha prestación social. De igual forma, se considera que es procedente la condena en costas y agencias en derecho, de manera objetiva, puesto que la regulación del Código de Procedimiento



13-001-33-33-002-2014-00058-02

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como el Código General del Proceso así lo establecen.

En este orden de ideas, se concluye que la sentencia recurrida se revocará parcialmente el numeral cuarto y quinto de la sentencia, en el sentido que no ha prescrito las cesantías; en lo demás se confirmará, manteniendo lo decidido a título de restablecimiento del derecho, es decir, la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial equivalente al 15% sobre su asignación básica mensual, por el tiempo que estuvo vinculada al extinto DAS, fijándose los efectos fiscales de la sentencia desde el 30 de septiembre de 2010, por haber operado la prescripción trienal, salvo las cesantías que no han prescrito.

VIII.-COSTAS

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

En el caso sub examine, prosperó el recurso de apelación de la parte demandante, por lo que no se condenará en costas. Ahora bien, en lo relativo a la parte demandada se **CONDENARA EN COSTAS**, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

IX. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia recurrida de 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido que no han prescrito las cesantías; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.





13-001-33-33-002-2014-00058-02

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia recurrida de 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se abstuvo de condenar en costas.

TERCERO: En lo demás **CONFIRMAR** sentencia del 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENARA EN COSTAS a la parte vencida, es decir, UAE MIGRACIÓN COLOMBIA, tanto en primera, como en segunda instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

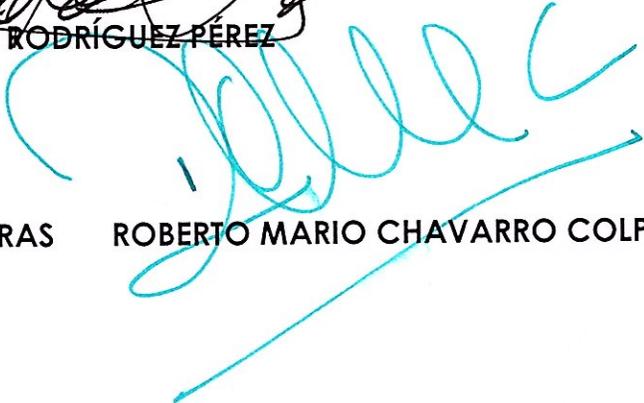
El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 035

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

En uso de permiso


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

