F. 30-39
C. 3

DIGITALIZADO SIGLO XXI

Cartagena de Indias D.T y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado	**13-001-33-33-004-2014-00085-01**
Demandante	**JOSELINA MARÍA VILLADIEGO BELTRÁN**
Demandado	**NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – FIDUPREVISORA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO Y DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DAS**
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 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto 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 Fiduciaria La Previsora S.A. a reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por JOSELINA MARÍA VILLADIEGO BELTRÁN, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como sucesores procesales de la NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS (SUPRIMIDO)

2.3. La demanda[1].

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por la señora JOSELINA MARÍA VILLADIEGO BELTRÁN, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo número E-2310-18-201317855, notificado el 15/10/2013, 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 4° 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, 18-201317855, notificado el 15/10/2013, 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

El accionante laboró al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS entre el 16 de mayo de 1995 y el 31 de diciembre de 2011, ocupando el cargo de pagadora 11 del Área Administrativa y devengando la suma de $ 1.441.935.oo 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 30 de septiembre 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 consecuencialmente 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.

En el acto administrativo particular número E-2310,18-201317855 notificado el 15 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 Constitucional[2] como del Consejo de Estado[3] 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 Estado[4] 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.

Lo dispuesto en los decreto 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.

---

[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)

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 Demanda[5]

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 los 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 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.

[5] Folio 49-61 Cuaderno No. 1

- 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 INSTANCIA[6]

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-2310,18-201317855 de 15 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 sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocero del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A.- Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS y su Fondo Rotatorio y de su beneficiaria la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 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 30 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2011, por haber operado el fenómeno prescriptivo.

[6] Folios 319-335 cuaderno No. 1

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante[7]**.** 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 patronal y no una terminación de la relación laboral, como quedó debidamente probado en el expediente.

Fiduprevisora S.A[8]**.** Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la sentencia C-590 de 2005, configurándose un defecto sustantivo, puesto que los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es absoluta, por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido principalmente por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al Estado Social de Derecho. Con fundamento en lo anterior, el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exegesis por el juez resulta a todas luces improcedente.

Indica que la sentencia recurrida adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la Prima de Riesgo no constituía factor salarial; como se advierte en la sentencia la determinación que el Consejo de Estado toma como referencia la prima de riesgo como factor salarial para la pensión, la hizo extensiva aduciendo que el mismo razonamiento que hizo el alto tribunal contencioso para la pensiones, es perfectamente aplicable para las prestaciones y ese fue el argumento para implicar las normas contenidas en los decretos que crearon y reglamentaron la prima de riesgo.

---

[7] Folios 337-342 Cuaderno No. 2
[8] Folios 343- 355 Cuaderno No. 2

Finalmente solicita se revoque íntegramente, el fallo de 19 de diciembre de 2016, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Con un acápite especial explica que el Gobierno expidió el Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, por medio del cual reglamentó el Decreto 4057 de 2011, definiendo entre otros, las entidades que recibirían los procesos judiciales, los archivos, los bienes afectos a los mismos, así como otros aspectos propios del cierre definitivo del proceso de supresión. Que mediante la Ley 1753 de 2015, en su artículo 238 se dispuso que la Fiduprevisora será la encargada de atender los procesos judiciales y reclamaciones administrativas relacionadas con el extinto DAS.

Que la señora Joselina María Villadiego Beltrán, fue incorporada a la Fiscalía General de la Nación, por tal circunstancia, la A quo debió decretar la sucesión procesal del extinto DAS en cabeza del ente en mención, pues lo que se originó fue una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral, luego entonces, la entidad pública donde fue incorporada la actora, debe asumir cualquier carga prestacional.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por ambas partes por auto del 8 de agosto de 2017[9], mediante auto de 18 de diciembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión[10].

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante[11]: Reitera los argumentos esbozados en el recurso de alzada, relativo a no estar de acuerdo con la prescripción de las cesantías.

6.2. Parte Demandada[12]: 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.

---

[9] Folio 4 Cuaderno de 2ª Instancia
[10] Folio 8 Cuaderno de 2ª Instancia
[11] Folios 11-18 Ibidem
[12] Folios 19-27 Cuaderno de 2ª Instancia

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- 2310-18-201317855, mediante el cual se negó la prima de riesgo.

7.3. Problema jurídico.

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad del acto acusado, se ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del demandante, incluyendo la prima de riesgo y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación de la parte demandada, es decir, que dicha prima no constituye factor salarial, que no tiene la sucesión del procesal del extinto DAS, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Si la demandante tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo?

¿Es la Fiduciaria La Previsora S.A., la sucesora procesal responsable por la atención de los procesos judiciales en curso del extinto DAS?

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 y de los intereses de cesantías?

7.4 Tesis de la Sala

La Sala revocará parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido que no ha operado el fenómeno de la prescripción de las cesantías, ni los intereses de cesantías.

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 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. Antecedente jurisprudencial y normativo sobre la prima de riesgo

7.5.1. Normatividad

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 4°. 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 1° 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 2°, 3°, y 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994."

El Decreto 2646 de 1994 dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 1°. 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 2°. 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 1933 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.

Aunque se haya definido en el Inciso final del Artículo 1° del Decreto 1137 de 1994 y el Artículo 4° 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 1° de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[13], 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 prestacionales[14], 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[15] estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la*

---

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

[14] *Ver sentencia C-521de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.*

[15] «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.»

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."[16]

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.

7.6.1. Hechos probados

- La demandante laboró comò Pagador 312-11 entre el 16 de mayo de 1995 y el 31 de diciembre de 2011, devengado una asignación básica de $ 1.441.935.oo, y una prima de riesgo equivalente al 15% sobre la asignación básica mensual. (folio 25)

- La demandante elevó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013, solicitando se reliquide sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo. (folios 18-19)

- El director de Talento Humano, certifica que la señora Joselina Villadiego Beltrán, para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, devengó prima de riesgo en el porcentaje del 15% (folios 28-31)

[16] Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

- Certificado salarial de la demandante donde consta que recibía la prima de riesgo desde 1995 hasta 2011 (folios 184-200)

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 4° 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 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 28-31)

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, se explica que esta 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 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"*[17]

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 la A quo correctamente inaplica la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el

---

[17]CONSEJO 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.

artículo 4 de la Constitución Política, toda vez, que su aplicación en este asunto, vulneraría su derecho a la igualdad del demandante, por lo que se hace necesario su inaplicación.

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, en el entendido que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, toda vez que el argumento es que se trata de una suma que se recibe de manera periódica y habitual, por lo tanto, se comparten los argumento de la falladora de primera instancia, por lo tanto, los fundamentos del recurso de apelación, no desvanecen las consideraciones expuesta en la sentencia recurrida.

De otro lado, pero dentro del mismo contexto, esta Corporación, resuelve el segundo problema jurídico planteado, donde se analiza los argumentos expuestos en el recurso de apelación relativos a la desvinculación de la Nación – Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto DAS, para el efecto, se cita el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, donde se autorizó la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A., con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suscribió contrato de fiducia[18]; dicha sociedad fiduciaria se encargará de la atención de procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales en los cuales sea parte el extinto DAS; en consecuencia, esta Sala, apoyados en la norma en cita y en concordancia con el artículo 1° del Decreto 108 de 22 de enero de 2016[19], es la sociedad apelante la responsable de la defensa judicial de los procesos en curso del extinto DAS, por lo tanto, no le asiste razón cuando al sustentar la alzada manifiesta que es la Fiscalía General de la Nación quien debe asumir las contingencias derivadas del presente asunto, porque la demandante fue incorporada en dicha entidad pública.

7.9. Recurso interpuesto por la parte demandante

La parte actora como fundamento de su recurso expuso que no ha 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

[18] Contrato de Fiducia Mercantil No. 6.001-2016
[19] **Artículo 1°. *Asignación de procesos.*** Asígnanse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento.

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 vinculo, 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, advirtiéndose que el pago de las cesantías se hizo una vez terminado el vínculo laboral, tal como consta con la certificación de liquidación de nómina definitiva de fecha 29 de marzo de 2016, proferido por el Archivo General de la Nación (folio 27 y 214).

No obstante lo anterior, en la reclamación administrativa que presentó la actora al extinto DAS, el día 30 de septiembre 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, ni para los intereses de cesantías puesto que estos se causan en diciembre, luego entonces, tampoco han prescrito.

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.

En este orden de ideas, se concluye que la sentencia recurrida se revocará parcialmente el numeral cuarto 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, ni los intereses de cesantías.

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** a la parte vencida, es decir, LA FIDUPREVISORA S.A. 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 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido que no ha prescrito las cesantías; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En lo demás **CONFIRMAR** sentencia del 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENARA EN COSTAS a la parte vencida, es decir, LA FIDUPREVISORA S.A. conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

CUARTO: 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. 113

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada