



185/20

Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-002-2013-00268-02</b>
<b>Demandante</b>	<b>NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA</b>
<b>Demandado</b>	<b>DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<b>Reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la prima especial de riesgo/Ex-empleados del DAS</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL como sucesor procesal del DAS en supresión, en contra de la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

#### 1.1 Pretensiones.

Se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto generado por la no respuesta de la entidad demandada a la petición radicada por la demandante el día 17 de diciembre de 2012, por medio de la cual se solicitó reconocer como factor salarial para todos los efectos legales la prima de riesgo contenida en el Decreto 2646 de 1994, y el reajuste de las prestaciones sociales causadas: primas legales, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de antigüedad, cesantías e intereses de cesantías, así como los intereses moratorios caudados.

En calidad de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar cada uno de los anteriores conceptos desde su incorporación a la planta de personal de la Policía Nacional y en su condición de funcionaria de la demandada; sumas debidamente indexadas, y con el reconocimiento de los intereses moratorios respectivos, y las agencias en derecho respectivas.

#### 1.2. Hechos

Se resumen así:

**1.2.1.** Laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS (en supresión), desde el 27 de diciembre de 1982, en el cargo de Secretaria Grado 309-05.





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

**1.2.2.** El DAS, además del salario y demás prestaciones sociales, le pagaba mes a mes la "prima de riesgo", de manera habitual, la cual constituía un valor equivalente al 35% de su asignación básica mensual.

**1.2.3.** Durante toda la relación laboral, el DAS no tuvo en cuenta el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo como factor salarial.

**1.2.4** En virtud de la supresión del DAS, la demandante fue incorporada a la POLICIA NACIONAL-SIJIN CARTAGENA DE BOLÍVAR, desempeñando el cargo de Secretaria Grado 309-05, instancia en la cual se está reconociendo la prima especial de riesgo.

**1.2.5.** Presentó petición el 17 de diciembre de 2012 ante el DAS, solicitando 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 reajusten y paguen de manera retroactiva todas las primas y demás prestaciones sociales causadas.

### **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, 25, 48, 53 y 57.  
Decretos 1137 de 1994, 2646 de 1994, 1933 de 1989, 2676 de 1994, 1933 de 1989, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984 artículo 3.  
Ley 100 de 1993, artículo 140.

Señala que la entidad trasgredió las disposiciones Constitucionales y legales citadas, porque la prima de riesgo al ser percibida por el trabajador de manera habitual y periódica tiene la naturaleza de salario, y por lo tanto debió ser tenida en cuenta para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de la actora.

## **2. LA CONTESTACIÓN.**

### **2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido<sup>1</sup>.**

Se opone a todas las pretensiones de la demanda y da por cierto todos los hechos de la demanda, excepto los relacionados con la incorporación de la demandante a la Policía nacional, y de si en esa entidad sigue percibiendo la prima de riesgo.

Indico en esencia que, el Decreto 2646 de 1994 dispone expresamente que la aludida prima no constituye factor salarial, y ella tampoco se encuentra enlistada en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, por lo que no resulta procedente otorgarle tal carácter.

<sup>1</sup> Fls. 31-34.



Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

## **2.2. Nación-Ministerio de Defensa Nacional como sucesor procesal del extinto DAS<sup>2</sup>.**

Tal entidad fue notificada en debida forma (Fl. 71-75), y sin embargo no presentó escrito de contestación de demanda entro de la oportunidad.

## **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>**

Mediante sentencia de fecha 26 de abril de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, vulnera los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que, contrario a lo señalado en la literalidad de dicho artículo, la prima de riesgos esta revestida de las características propias de un factor salarial, en atención que la misma era percibida en forma habitual y periódica por la demandante, debiendo ser incluida para efectos de liquidar las prestaciones sociales a las que tuviere derecho la demandante. En ese sentido, dispuso implicar por inconstitucional, con efectos interpartes, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, declarar la nulidad del acto ficto acusado, y ordenar el reconocimiento y pago de las diferencias prestacionales y salariales con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, a partir de 17 de octubre de 2009, por haber declarado probada de oficio la excepción de prescripción, declarando la prescripción trienal de prestaciones sociales causadas con anterioridad a esa fecha, teniendo en cuenta la petición que elevó la actora el día 17 de octubre de 2009.

## **4. RECURSOS DE APELACIÓN.**

### **4.1 Parte demandada-POLICIA NACIONAL<sup>4</sup>.**

Señala que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, en razón que la Prima de Riesgo no constituye factor salarial, tal y como lo indica expresamente el Decreto 4646 de 1994. Ello tampoco estaba previsto en el Decreto 1933 de 1989, el cual en sus artículos 16 y 17 que enumera los factores a tener en cuenta para la liquidación de las primas de navidad y vacaciones de los empleados del DAS, tampoco incluye la prima de riesgo como factor salarial, por lo que no puede el Juez darle tal connotación.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

<sup>2</sup> Tal sucesión procesal fue solicitada por el propio DAS en supresión (Fl. 55-59), y ordenada por el Juez de primera instancia mediante auto del 17 de septiembre de 2014 (Fl. 69)

<sup>3</sup> Fls. 110-125.

<sup>4</sup> Fl. 138-143.



Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

Mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo. (Fl. 159).

## **6. ALEGACIONES**

### **6.1 Parte demandada.**

Mediante escrito visible a folios 163-167, reiteró los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

### **6.2 Parte demandante.**

Sostiene que conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la prima de riesgo devengada por la demandante constituye factor salarial, por lo que debe tenerse en cuenta en todas las prestaciones sociales percibidas por la actora, por lo que debe confirmarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, indicó que el derecho a la reliquidación de cesantías sigue vigente, y respecto de este no ha operado la prescripción, por cuanto tal derecho se genera a partir de la terminación del vínculo laboral, y en caso de la actora, ello no ocurrió, por haberse incorporado a la Policía Nacional sin solución de continuidad.

## **7. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público no rindió concepto.

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Así mismo, en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, por lo que se procede a resolver la alzada.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

### **2. Problemas Jurídicos**





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

Atendiendo la impugnación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos, se concretan en los siguientes cuestionamientos:

*¿La prima de riesgo constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales y no sólo para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del personal a que se refieren los Decretos 1137 de 1994 y 2646 de 1994 del extinto Departamento Administrativo de Seguridad-DAS?*

*¿Operó en el caso concreto la prescripción?*

### **3. Tesis del Tribunal**

La Sala CONFIRMARÁ PARCIALMENTE LA SENTENCIA, porque le asiste razón al accionante en sus pretensiones, toda vez que la prima de riesgo al haber sido una prestación recibida de manera habitual y periódica por los empleados a que se refieren los Decretos 1137 de 1994 y 2646 del mismo año del extinto DAS, adquiere la naturaleza de FACTOR SALARIAL y en esa medida debe ser tenida en cuenta para liquidar las prestaciones sociales del trabajador que la devengó, sin importar que la norma le niegue ese carácter, y, además, no sólo en cuánto a la pensión de jubilación sino al resto de prestaciones sociales, en la medida en que debe primar la realidad sobre las formas salvaguardando el principio de favorabilidad. Siendo la Fiduprevisora S.A., la entidad que debe responder por los procesos judiciales, pago de sentencias, y las reclamaciones administrativas y/o laborales en las cuales sea parte o destinatario del extinto DAS y/o su Fondo Rotatorio.

Sin embargo, se REVOCARÁ el numeral CUARTO porque en el caso concreto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción y MODIFICARÁ el numeral TERCERO para corregir que el restablecimiento del derecho debe efectuarse desde la fecha en que la actora demostró en el plenario empezar a percibir las prima de riesgo, ello atendiendo a que no ha operado en el caso concreto el fenómeno jurídico de la prescripción.

### **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

La prima de riesgo fue creada por el Decreto N° 1933 del 28 de agosto de 1989, que en su artículo 4 señaló que tienen derecho a percibirla en un porcentaje del 10% de su asignación básica, los funcionarios pertenecientes a las áreas de la dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos de antiexplosivos.

El Decreto N° 132 del 17 de enero de 1994 la extendió a los servidores públicos que prestaran servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, en un porcentaje equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y precisando que la misma "no tendrá carácter salarial".





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter **permanente** para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran 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, en un monto equivalente al 30% de la asignación básica mensual y recalcó que **no constituye factor salarial**.

El Decreto 2646 de 1994, dispuso su pago a los funcionarios del DAS no señalados en el Decreto anterior, señalando igualmente que no constituía factor salarial.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, aplicando el principio de favorabilidad laboral, ha venido precisando que la prima de riesgo sí constituye factor salarial, en la medida en que es una suma que percibe el trabajador de manera **habitual y periódica** lo que la convierte en factor que integra el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en sus prestaciones como la pensión de jubilación.

En efecto, en la sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda proferida el 1 de agosto de 2013 con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve<sup>5</sup>, se dispuso que la prima de riesgo sí corresponde a un factor salarial. En la providencia se analizó el caso de un funcionario del DAS y se señaló:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación<sup>6</sup>, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

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

<sup>5</sup>Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, 1 de agosto de 2013, Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Actor: Héctor Enrique Duque Blanco

<sup>6</sup> Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.





**Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02**

Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, sostuvo:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)" En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario 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." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."  
(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).".

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales<sup>7</sup>, 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

<sup>7</sup>Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

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<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>."

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."

Ahora, si bien es cierto que en la citada sentencia del 1º de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS, no es menos cierto que, en aludido fallo se reconoce que dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca (se percibe en forma habitual y periódica por el trabajador), y en ese sentido, no existe justificación alguna para que no sea tenida en cuenta factor salarial para efectos prestacionales de todo

<sup>8</sup> "Artículo 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. (...)."

<sup>9</sup> Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

orden, dado que es remunerada mes a mes, siendo tal criterio ajustado los principios de equidad, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad del trabajador.

## **5. El caso concreto.**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

5.1.1 la señora NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en proceso de supresión en el período comprendido desde el 27 de diciembre de 1982 hasta el 31 de enero de 2012 como SECRETARIA GRADO 309-05 325-02 (Folios 18 y 19)

5.1.2 Mediante escrito radicado el 17 de octubre de 2012, la señora NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA, presentó reclamación administrativa ante el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en supresión, con el fin de solicitar el reconocimiento de la prima de riesgo devengada por él, cómo factor salarial para todos los efectos legales, y que como consecuencia de ello se ordenara el reajuste y pago de las prestaciones causadas con su inclusión. (Folios 9). Petición que no se acreditó en el expediente haya sido respondida por la aludida entidad.

5.1.3 Según certificación expedida por la Coordinadora Administrativa, Financiera y de Recurso Humano de la Seccional Bolívar del DAS, la hoy demandante está vinculada con dicha entidad desde el 27 de diciembre de 1982, devengando la prima de riesgo en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual. (Folio 19).

### **5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede, de cara a las probanzas allegadas al expediente, resulta claro para esta Sala que, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en cuanto declaró la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y dispuso la nulidad del acto administrativo ficto demandado.

Lo anterior, porque, en efecto, la demandante tiene derecho a que se le reconozca la PRIMA DE RIESGO como factor salarial para la liquidación de todas sus prestaciones sociales, aplicando los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad del trabajador.

Como quedó visto en el marco jurídico de esta sentencia, el H. Consejo de Estado ha venido reconociendo que la prima de riesgo que se pagaba de manera habitual y periódica con ocasión de sus servicios a los trabajadores a que se refieren los Decretos 1933 de 1989, 132 de 1994, 1137 de 1994 que le dio carácter **permanente** para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores, en un monto equivalente



Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

al 35% de la asignación básica mensual y el Decreto 2646 de 1994 que dispuso su pago a los funcionarios del DAS no señalados en el Decreto anterior, adquirió la connotación de factor salarial; muy a pesar de que estas normas le suprimieran tal carácter.

En esa medida, y como en el expediente se probó que la actora NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, desde el 27 de diciembre de 1982 hasta el 31 de enero de 2012 como **SECRETARIO 309-05** en la Seccional Bolívar (Folios 19 y 20) y demostró empezar a devengar la prima de riesgo desde su vinculación en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual (Folios 19), no resulta ajustado a los Tratados Internacionales<sup>10</sup> y a la Constitución Política<sup>11</sup> que esa prima no se tenga en cuenta como factor salarial que sirva para liquidar todas sus prestaciones sociales, pues se desconocerían los principios de primacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad laboral.

De otro lado, así la prima de riesgo no esté incluida en el Decreto 1933 de 1989 artículos 16 y 17 para el cómputo de la prima de vacaciones y de navidad, en criterio de la Sala, tal norma no es taxativa, sino de naturaleza enunciativa, por lo que, como se explicó, el concepto de salario no se reduce solo a la noción de asignación básica, sino a todo aquello que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación dada. Por ello, las prestaciones sociales se consideran un beneficio adicional que la ley o la empresa concede al trabajador, como es la prima de servicios, las cesantías, los intereses sobre cesantías, las primas extralegales, la dotación, etc. Dentro de esas prestaciones sociales, aunque comúnmente no los reconocemos como tales, se incluyen también los pagos que tiene como objeto cubrir los riesgos eventuales que corre el trabajador en el desarrollo de las actividades laborales, como son aquellos profesionales, que existen en ciertas actividades denominadas de alto riesgo, las cuales cumplen los empleados del DAS, en donde el peligro inherente a las mismas está directamente relacionada con

<sup>10</sup> Entre otros, el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

*'El término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar'.*

En Sentencia C-401 de 2005, la Corte Constitucional respecto a lo anterior, señaló:

"Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz *salario* y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción *garantista* de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho..."

<sup>11</sup> Vulneración de los artículos 53 (inciso cuatro) y 93 de la Constitución, porque conforme a estas normas Superiores, los convenios internacionales del trabajo que han sido ratificados por Colombia "no son simples normas de aplicación supletoria sino de aplicación directa por parte de todas las autoridades y los jueces de la República.





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

el servicio, ello conduce a concluir que la prima de riesgo tiene carácter salarial.

En cuanto a la prescripción de las prestaciones sociales, la Sala dando aplicación al inciso segundo del artículo 187 del CPACA, el cual dispone que en la sentencia de segunda instancia el superior tendrá la facultad de estudiar y decidir sobre las excepciones de fondo propuestas o no, encuentra que, en el caso concreto se debe REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, en tanto dispuso tener por prescritas las sumas causadas con anterioridad al 17 de octubre de 2010, porque dicho fenómeno jurídico no ocurrió y mantener tal decisión, significaría desconocer derechos laborales del actor reconocidos no sólo en la sentencia constitutiva del derecho, sino también en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992; sin que ésta decisión implique desconocimiento del principio de la no reformatio in pejus, pues se trata de una excepción de fondo que debe ser estudiada aún de oficio por los jueces de instancia.

Lo anterior, se ratifica porque teniendo en cuenta que por medio de la sentencia de primera instancia se ordenó la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que le niega el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, la sentencia tiene el carácter de constitutiva del derecho, por lo que en principio no habría lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción del derecho que se reclama. Además, el H. Consejo de Estado, sólo a partir de la sentencia del **1º de agosto de 2013**, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), fue que unificó su criterio respecto de que la prima de riesgo tiene el carácter de factor salarial para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen del extinto DAS, y dedujo su carácter salarial para la liquidación de prestaciones sociales.

Tampoco puede pasarse por alto que el reclamo debe realizarse por el interesado dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales como lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, es decir, tres (3) años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Para establecer el punto de partida para la exigibilidad del Derecho, la Sala tendrá en cuenta el momento en que el actor se retiró del DAS – **31 de enero de 2012**, que fue la fecha en que conoció la liquidación definitiva de sus prestaciones efectuada por el DAS, de tal manera que como presentó la solicitud del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial el día **17 de octubre de 2012** (Fl. 9), en el caso concreto, no operó el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia de lo anterior, y como quiera que el A quo ordenó que el restablecimiento del derecho tuviera como fecha de partida la de declaratoria de la prescripción, se dispondrá MODIFICAR el numeral TERCERO, de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, tener como fecha del reconocimiento prestacional, la fecha en que el actor empezó a devengar la



Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

prima de riesgo, lo que está probado ocurrió desde su vinculación con la entidad.

#### **6. Condena en costas en segunda instancia.**

El artículo 188 del CPACA señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.– señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En ese sentido, se condenará al pago de costas procesales a la parte demandada, es decir a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL, quien fue vencida en segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones

Ahora bien, atendiendo a que en la Sentencia que ordena la condena en costas, el Juez debe pronunciarse sobre las agencias en derecho las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de la condena en costas, se observará lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual para el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que, en segunda instancia las agencias en derecho se reconocerán hasta por el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso de apelación, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada. En consecuencia, las Agencias en Derecho a cargo de la parte demandada-Policía Nacional se tasan en un 1% de las pretensiones de la demanda<sup>12</sup>, valor que corresponde a \$120.845 pesos.

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: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), en sus NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO y OCTAVO, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral CUARTO de la Sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, para en su lugar declarar que no operó el fenómeno de la prescripción en el presente caso conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

<sup>12</sup> Para tal efecto, se tomará en cuenta el valor de la cuantía señalada por la demandante, el cual asciende a la suma de \$12.084.584 (folio 6).





Radicado: 13001-33-33-002-2013-00268-02

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en lo relacionado con la fecha a partir de la cual debe efectuarse el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones de la señora NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA, debiendo tenerse para todos los efectos la fecha de su vinculación con el extinto DAS, conforme a la parte motiva de esta providencia.

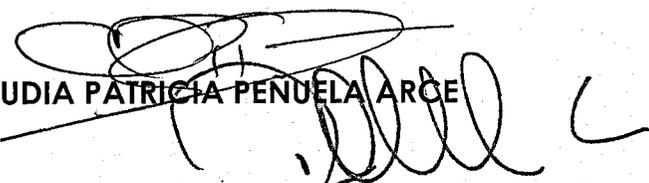
**CUARTO:** Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la parte motiva de la presente providencia en la suma de \$120.845 pesos.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO** **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

*Impedido*

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2013-00268-02
Demandante	NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL
Tema	Reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la prima especial de riesgo/Ex-empleados del DAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE





Radicado 13001-33-33-002-2013-00268-02

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>RADICADO</b>	<b>13001-33-33-002-2013-00268-02</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>NURIS ESTHER GARCÍA CUESTA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Proceden los demás integrantes de la Sala Fija de Decisión No. 1, a resolver sobre el impedimento propuesto por el Magistrado ARTURO MATSON CARBALLO. Para el efecto se,

**CONSIDERA:**

1. Respecto del instituto de los impedimentos, debe señalarse que fueron consagrados en la legislación de manera taxativa para garantizar a las personas la imparcialidad de los funcionarios judiciales encargados de resolver los asuntos puestos a su consideración y por tanto, son ajenos a cualquier interés, distinto al de administrar recta, pronta y cumplida justicia y, en consecuencia, sus decisiones sólo están fundamentadas en la juiciosa ponderación de los hechos de cara a las normas jurídicas aplicables a cada caso concreto.
2. Igualmente, dicha manifestación impeditiva debe estar soportada dentro de los cauces del postulado de la buena fe que rige para todos los sujetos procesales y para el funcionario judicial, pues este instituto no debe servir para entorpecer o dilatar el transcurso normal del proceso o para sustraerse, indebidamente, a la obligación de decidir<sup>1</sup>.
3. En el presente caso, la causal alegada por el Magistrado ARTURO MATSON CARBALLO, es la contenida en el numeral segundo del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 CPACA, que dispone como un supuesto para recusación:

***"2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente."***

4. Específicamente, manifiesta el funcionario que fue quien profirió la sentencia de primera instancia dentro del presente asunto.

<sup>1</sup> En sentencia C-881 de 2011 se reitera el carácter excepcional de los impedimentos, y cómo, para evitar que se conviertan en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, la jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida.





**Radicado 13001-33-33-002-2013-00268-02**

5. En ese sentido, revisado los supuestos legales previstos en la causal alegada y vista la sentencia de primera instancia emitida dentro del sub lite (Fl. 110-125), concluye la Sala que debe declarar fundado el impedimento, como quiera que el Magistrado Arturo Matson Carballo fue quien suscribió la sentencia del 26 de abril de 2017, en calidad de Juez Segundo Administrativo del Circuito Cartagena.
6. La aceptación del impedimento manifestado no implica dudar de la imparcialidad del Magistrado sino rodear de garantías el funcionamiento de la administración de justicia, no sólo respecto de los intervinientes en el proceso sino de toda la ciudadanía frente a los cuales tenemos visibilidad.

Por lo anterior, a efectos de garantizar la imparcialidad que debe prevalecer en las actuaciones de los Jueces de la República, se aceptará el impedimento manifestado por el Magistrado Arturo Matson Carballo, correspondiendo a la Sala conformada por los suscritos, asumir el conocimiento del diligenciamiento de la referencia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar,

**RESUELVE:**

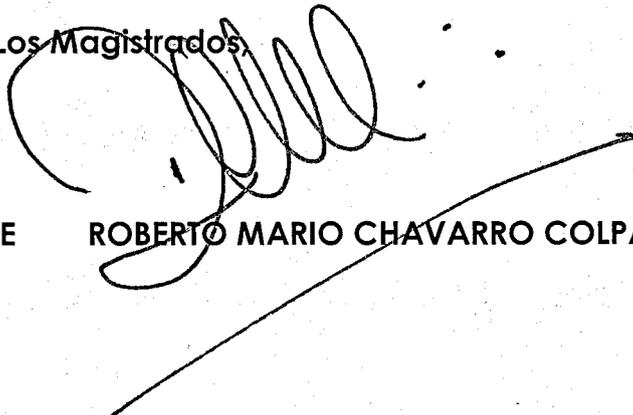
**PRIMERO: DECLARAR FUNDADO** el impedimento invocado por el Magistrado, ARTURO MATSON CARBALLO, para conocer de este proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

