



Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-33-33-008-2014-00055-01
Demandante:	César Arturo Álvarez Cantero
Demandado:	DAS - Migración Colombia
Asunto	Prima de riesgo
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 09 marzo de 2015, mediante la cual el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las súplicas de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (Fls.1-16)

a. Pretensiones:

"1. Que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto No. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenido 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 en las normas laborales, LA NACION – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201318449, notificado el 25/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "prima de riesgo".

2. Consecuentemente, 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 interés 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 reliquidado todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

3. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

4. Que se condene en costa a la entidad demandada.

b. Hechos: El demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Se vinculó como empleado del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – desde el 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Detective 06 del Área Operativa de la Seccional Bolívar.





Devengaba una asignación básica de un millón ciento diecinueve mil sesenta y cinco pesos (\$1.119.065), y además se le cancelaba mes a mes una prima de riesgo, equivalente al 35% del sueldo básico, ordenada en el Decreto No. 1933 de 1989, reglamentada en los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, la cual fue concedida a los trabajadores del DAS por las labores de altos riesgos que desempeñaban.

El 10 de noviembre (sic) de 2013 solicitó al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, solicitud que fue denegada mediante oficio E-2310, 18-201318499 de 25 de octubre de 2013.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 53 y 93 de la Constitución Política; 127 del C.S.T.; 14 de la Ley 50 de 1990; y los Decretos 1933/89 (artículo 4); 132/94, 1137/94 y 2646/94.

Sostuvo que el artículo 53 de la Constitución Política incorpora los conceptos de salario, primacía de la realidad sobre las formas, y los principios de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales.

Se entiende por salario todas las sumas pagadas de manera habitual, y generada como contraprestación de la labor ejecutada por el empleado, sin importar las denominaciones asignadas por la Ley o las partes contratantes.

El artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala que los factores que constituyen salario, además de la remuneración fija o variable, es todo aquello que percibe el trabajador de forma habitual y como contraprestación directa del servicio indistintamente de la denominación que se le pretenda dar.

Sostuvo que la prima reclamada fue pagada de forma habitual y periódica por la labor de peligro que desempeñaba, la cual tuvo su origen en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, posteriormente fue reglamentada por los Decretos Nos. 132 de 1994, 1137 de 1994 y finalmente, por el Decreto 2646 de 1994.

El Consejo de Estado en Sentencia del 1 de agosto de 2013, unificó los criterios en torno a la prima de riesgo pagada a los empleados del DAS, y consideró que la misma constituye factor salarial y hace parte del ingreso base de liquidación e ingreso base de cotización.



d. Contestación.- (fs. 41-58). El extinto Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo, en resumen, lo siguiente:

El artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2 de los Decretos 1933 de 1989 y 132 de 1994.

El artículo 1° del Decreto 132 de 1994 estableció que los servidores públicos que presten servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y precisa que la misma no tendrá carácter salarial; norma que no puede ser interpretada so pretexto de consultar su espíritu.

La Sentencia C - 279 de 1996 de la Corte Constitucional, estableció considerar que los pagos de las primas técnicas y especiales no son factor salarial no lesiona los derechos de los trabajadores y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que del Estado Colombiano con relación al derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que ha adquirido ante la comunidad; y trajo a colación diferentes sentencias del Consejo de Estado, de acuerdo con las cuales la prima reclamada no constituye factor salarial.

La periodicidad y habitualidad de los pagos no son suficientes para determinar un factor como elemento constitutivo de salario, pues adicionalmente ese factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador, aunque las normas no lo contemplen así.

Finalmente citó Sentencias del Consejo de Estado, las cuales han indicado que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (FIs. 131- 142)

El Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 09 marzo de 2015, resolvió:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del acto E-2310,18-201318499, notificado el 25/10/2013, mediante el cual se negó reconocer como factor salarial para todos los efectos legales la prima de riesgo contenida en el Decreto 2646 de 1994.

SEGUNDO: En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **ORDÉNASE** a la entidad demandada a reliquidar las prestaciones sociales del señor CESAR ARTURO ÁLVAREZ teniendo en cuenta la prima de riesgo devengada en el Decreto 2646 de 1994 en un porcentaje del 35% de lo devengado por el actor, a partir del **10 DE NOVIEMBRE DE 2010**, exceptuando las cesantías las cuales se pagarán desde la vinculación laboral de la demandante a la entidad, tal como se estableció en la parte motiva.



TERCERO: Declárense no probadas las excepciones de méritos presentadas.

CUARTO: Deniéguese las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 195 y 192 del CPACA.

SEXTO: Declárense prescritas las prestaciones sociales anteriores al 10 DE NOVIEMBRE DE 2010, exceptuando las cesantías.

SÉPTIMO. Condénase en costas y agencias en derecho de conformidad con los artículos 392 y 395 del C. P. C., los Acuerdos 1887/03 2222/03. Líquidense por Secretaría. (...)"

El A-quo después de examinar las normas legales que regulan la prima de riesgo que se reclama como factor salarial para efectos de obtener la reliquidación de las prestaciones sociales del actor, concluyó que el acto demanda dado debía declararse nulo porque todo lo que reciba el trabajador como contraprestación de su fuerza de trabajo, debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar sus prestaciones sociales legales.

Se apoyó sentencia del Consejo de Estado en que se estableció que, bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas, la prima de riesgo de los empleados del extinto DAS, sí goza de carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición, en la medida en que la misma constituye en forma visible una retribución directa y constante a los empleados e atención a las características especiales de la labor desarrollada.

V. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (Fis.146-149).

La Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, sucesora procesal del DAS, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, señalando que los Decretos 1933/89 (artículo 4); 132/94, 1137/94 y 2646/94 reconocen efectivamente a los empleados del DAS, una retribución por la actividad ejercida, pero no la incluyó como factor salarial, razón por la cual no existe argumentos jurídicos que permitan afirmar que se debió haber incluido en la liquidación de las prestaciones sociales.

Expresó que el Consejo de Estado ha reconocido la prima especial de riesgo como factor salarial, únicamente para calcular el ingreso base de liquidación para la pensión de jubilación, mas no para la liquidación de prestaciones sociales.

Señaló que la prima mencionada hace parte de la asignación salarial del demandante, desde el 1º de enero 2012, en virtud del Decreto 4057 de 2011, y que dicha incorporación se hizo para no desmejorar las condiciones salariales de los funcionarios del extinto D.A.S., que fueron vinculados a otras entidades.

Por lo anterior, solicitó denegar las suplicas de la demanda.



VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 22 de febrero de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad accionada (Fl. 170 C-1), y en providencia de 24 de marzo de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (Fl.173 C-1)

La parte demandante reiteró, en lo sustancial, los argumentos que expuso en la demanda (fs. 177-183 C-2)

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1 Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo.

Se abstendrá la Sala de estudiar los cuestionamientos formulados por la parte demandante contra la condena en costas proferida en primera instancia. Lo anterior, porque dicho argumento no fue objeto de recurso de apelación.



8.3 Tesis de la Sala

El demandante sí tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculado al extinto DAS, con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma tiene el carácter de factor salarial.

8.4. Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables al reconocimiento de la prima especial de riesgo.

En cuanto al régimen prestaciones aplicable a los funcionarios del extinto D.A.S., es preciso indicar que varias normas han regulado la materia.

La prima de riesgo es una prestación social prevista para aquellos trabajadores que por la naturaleza peligrosa del cargo, reciben un porcentaje adicional por sus servicios prestados, y fue creada por el artículo 4º del Decreto N° 1933 del 28 de agosto de 1989, el cual señaló que tienen derecho a percibirla 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, además de establecer el porcentaje de la misma, de la siguiente manera:

"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 N° 132 del 17 de enero de 1994 otorgó a los servidores públicos que prestaban servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y estableció que la misma *"no tendrá carácter salarial"*.

El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter permanente a la prima de riesgo para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores, equivalente al 30% de la asignación básica mensual y señaló que no constituye factor salarial, así:

"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 el pago de la prima de riesgo a los funcionarios del DAS, y señaló que no constituía factor salarial, así:

"ARTÍCULO 3º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.

ARTÍCULO 4º. La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."

Con apoyo en los antecedentes normativos señalados, la jurisprudencia del Consejo de Estado negó inicialmente el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial. Pero, después de diversos pronunciamientos en ese sentido, la Sección Segunda, a través de la Sentencia SU de 01 de agosto de 2013, con radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, cambio la tesis anterior y reconoció que la prima de riesgo sí constituye factor salariales, con apoyo en los siguientes argumentos:

"(...) la noción de prima como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo implican un aumento en su ingreso laboral, es así como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un plus en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia sea o no definido su carácter salarial, prestacional, o simplemente bonificadorio. Por consiguiente la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público. (...)"

(...)La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010 Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso a una interpretación que atiende a la tesis¹ mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73² del Decreto 1848 de 1969.

Así se advierte en la providencia en cita:

¹ Concretamente en lo que se refiere a los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional prevista en la Ley 33 de 1985. Ver sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

² "ARTICULO 73. CUANTIA DE LA PENSION. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado."



"De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo" (Negrilla fuera de texto).

En este mismo sentido, esta Sección en sede de tutela ha mantenido invariable la tesis antes expuesta, en la que se considera la prima especial de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Así se observa en las siguientes providencias:

Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 2011-01438-00 MP. Alfonso Vargas Rincón, en la que se precisó:

"(...) Como se indicó en la jurisprudencia transcrita, ésta debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación, circunstancia que el Tribunal desconoció, pues limitó la liquidación a los factores establecidos en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

Visto lo anterior, la Sala concluye que se vulneró el derecho a la igualdad al desconocer el precedente judicial de esta Corporación, lo que conlleva a otorgar un trato desigual a personas que adelantaron acciones con idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los cuales debían conducir al juez al mismo razonamiento y conclusión (...)"

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"

El reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, examinado en la sentencia anterior con el propósito de incluirla en el ingreso base de liquidación, utilizado para la liquidación de pensión de jubilación, se extendió al reconocimiento de todas las prestaciones sociales.

En efecto, el Consejo de Estado se refirió al tema de la procedencia de la reliquidación de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas, en Sentencia de 27 de enero de 2011, con radicado número: 25000-23-25-000-2005-08547-01, de la siguiente manera:



"La Sección Segunda mediante sentencia del 4 de agosto 2010 rectificó y unificó la posición anterior, y sostuvo que el restablecimiento del derecho no podía limitarse a los años 1998, 1999 y 2001, sino que debía extenderse a los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001. Esto porque la consecuencia de la anulación de las normas que negaban el carácter salarial del 30% que percibían los funcionarios a título de prima espacial, no es otra que la de incluir ese porcentaje en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor".

La Sala acoge los criterios jurisprudenciales expuestos y los aplicará para decidir el recurso en estudio.

8.5 Lo probado dentro del proceso.

La Sala encuentra probado que el demandante se desempeñó como Detective 208-06 desde el 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, y devengaba, aparte de la asignación básica, una prima de riesgo equivalente al 35% de dicha asignación (f. 24).

También está probado que el 17 de octubre de 2013 el actor solicitó al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, y el reajuste y pago de sus prestaciones sociales (fs. 18 – 19); y que el DAS, mediante oficio E-2310,18-201318499 del 21 de octubre de 2013, notificado el día 25 del mismo mes y año, negó la solicitud anterior (f. 20).

8.6. Conclusiones.

Como en el proceso se probó que el actor se desempeñó como Detective 208-06; que durante el desempeño del cargo percibió la prima de riesgo con carácter permanente, equivalente al 35% de la asignación básica mensual; y dicha prima es un factor salarial, entonces tiene el derecho a que sea incluida como tal al momento de re-liquidar sus prestaciones sociales.

No es cierto como lo alega el apelante que la prima de riesgo solo puede reconocerse como factor salarial para reliquidar las pensiones y no las prestaciones sociales, lo anterior porque como quedó expuesto en el marco normativo de esta sentencia, el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, se extendió al reconocimiento de todas las prestaciones sociales.

Condena en Costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



En el presente caso el recurso de despachó en forma desfavorable al apelante, razón por la cual se le condenará en costas que deberán ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia en los términos del artículo 366 del C. G. P.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

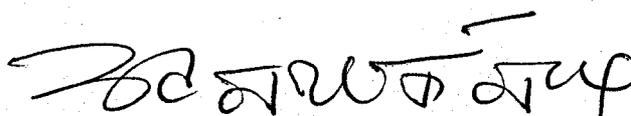
PRIMERO: Confirmar la sentencia de 09 marzo de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia.

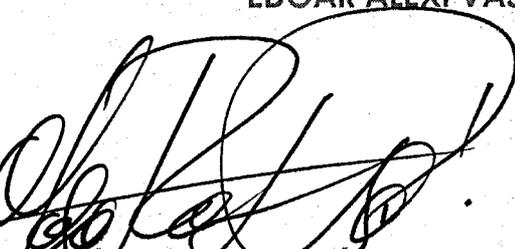
SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada. Líquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

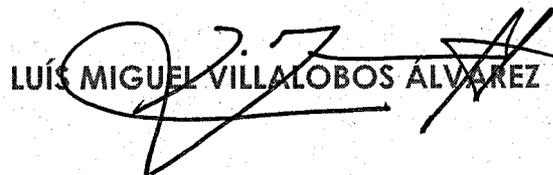
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ