



Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de abril de dos mil dieciocho (2018).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-013-2014-0051-01
Demandante:	Alexander Serna Varón
Demandado:	DAS en supresión – UAE Migración Colombia.
Asunto	Prima de riesgo
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 22 de junio de 2015, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a. Pretensiones:

PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° 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-2310,18-201317858, notificado el 16/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima De Riesgo".

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

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

CUARTO: Que se condene en costa a la entidad demandada.

b. Hechos:

El demandante afirmó, en resumen, que se vinculó como funcionario del DAS desde el 09 de noviembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Detective 07 del Área Operativa de la Seccional Bolívar.



Devengada una asignación básica de un millón ciento sesenta y dos mil ciento noventa y cuatro pesos (\$1.162.194), y además se le cancelaba mes a mes una prima de riesgo equivalente al 35% del sueldo básico.

El 30 de septiembre de 2013 solicitó al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial; solicitud que fue denegada mediante oficio E-2310,18-201317858 de 07 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, y explicó así el concepto de la violación:

El artículo 53 superior 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. Y 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.

3.2. Contestación.

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 la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 22 de junio de 2015, resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción de prestaciones sociales causadas entre el 1° de enero de 2008 hasta el 29 de septiembre de 2010, en los términos indicados en esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 en el caso concreto, y por las razones aquí expuestas.

TERCERO. DECLARAR la nulidad del oficio No. E-2310,18-201317858 de 07 de octubre de 2013, y mediante el cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales causadas a favor del demandante entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, con inclusión del ingreso base de liquidación de la prima de riesgo.

CUARTO. Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDENAR** al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, sucedido procesalmente por Migración Colombia, a:



4.1 Reliquidar a favor del señor Alexander Serna Varón, con inclusión de la prima de riesgo en el ingreso base de liquidación, las prestaciones sociales correspondientes a cesantías, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones, causadas entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

En lo que atañe a los intereses a las cesantías los mismos no se reconocerán porque su pago estaba a cargo del Fondo Nacional del Ahorro (folio 26).

4.2 Pagar al señor Alexander Serna Varón las diferencias generadas entre las cesantías, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones, causadas entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011 ya reliquidados con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, y las pagadas para este mismo periodo, pero con efectos fiscales, a raíz de la prescripción, a partir de 30 de septiembre de 2010.

Para la indexación ordenada se dará aplicación a la siguiente formula: (...)

En donde el valor (R) se determina multiplicando:

El valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo, desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos individuales. La fórmula se aplicara separadamente para cada periodo, en cuanto a su diferencia insoluta.

Los valore adeudados a la ejecutoria del fallo, debidamente indexados, se liquidaran intereses moratorios en los términos indicados en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, desde esta fecha hasta cuando se lleve a cabo el pago.

4.3 DESCONTAR sobre los valores a reconocerse los aportes que por concepto de salud y pensión al sistema de seguridad social integral deba realizar, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir.

4.3 DAR CUMPLIMIENTO a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo a las razones explicadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la parte demandada al pago de costas a favor de la parte actora.

Las agencias en derecho se fijan en la suma de seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000).

SEPTIMO: ORDENAR se disponga por Secretaría:

7.1 Remitir, una vez ejecutoriada esta providencia, los oficio que correspondan para que se lleve a cabo su cumplimiento (artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

7,2 Liquidar las costas en los términos que señala el artículo 366 del Código General del Proceso.



7.3 Liquidar los gastos del proceso y previa solicitud, devolver si existieren, los remanentes a la parte demandante, una vez ejecutoriada y en firme esta decisión.

7.4 Archivar el expediente con las anotaciones de rigor, una vez ejecutoriada y en firme la presente providencia".

El A quo manifestó que el demandante tiene derecho a que se reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo que estuvo vinculado al extinto D.A.S., incluyendo la prima de riesgo, la cual tiene la característica de ser factor salarial.

Después de citar las normas que regulan la prima de riesgo, concluyó que en principio en las prestaciones sociales del actor no se podían incluir la prima de riesgo, porque las normas que la reglamentan así la excluían. No obstante, el Consejo de Estado, sostuvo que en atención al principio de la primacía de la realidad sobre la forma, se puede deducir que la prima de riesgo de los empleados del DAS, si 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 una retribución directa y constante a los trabajadores por la labor especial que desempeñan.

Concluyó diciendo que la prima reclamada tiene las características de salario, por lo que la entidad demandada no puede desconocerlas

V. RECURSO DE APELACIÓN.

5.1. La Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, entidad sucesora, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, argumentando en resumen, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Señaló que las normas que regulan la prima de riesgo, reconocen a los empleados del DAS, una retribución por la actividad ejercida, pero ninguna 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.

Señaló que el hecho de que la prima de riesgo se cancelara al demandante en forma habitual y periódica, no significa que tenga característica salarial para incluirla en la liquidación de las prestaciones sociales.

Los elementos relacionados con la habitualidad y periodicidad de los pagos nos son suficientes para determinarla como factor salarial, sino que además, dicho factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador, lo que no ocurre en el presente caso, ya que la prima no es un ingreso recibido por el trabajador como contraprestación



directa por su servicio, sino como una retribución por el hecho de que el trabajador asume un riesgo por el desarrollo de actividades peligrosas.

5.2. El apoderado de la parte demandante sostuvo que el A-quo decretó la prescripción trienal. No obstante, para poderse declarar debe ser propuesta como excepción por parte de la entidad accionada.

El artículo 53 Constitucional, consagra el principio de favorabilidad, lo que indica que de aceptarse la declaración oficiosa de la prescripción, la protección Constitucional de la que goza el trabajador se estaría aplicando en su contra.

El artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indica que en los aspectos no contemplados en dicha norma, se aplicará el Código General del Proceso, el cual consagra la posibilidad de decretar oficiosamente las excepciones que se hallen probadas dentro del proceso, excepto la prescripción, compensación y nulidad relativa.

De mantenerse en la decisión de dar aplicación oficiosa a la prescripción trienal, esta no podrá recaer sobre los tiempos que se reconocen por concepto de cesantías, conforme a lo manifestado en jurisprudencia del Consejo de Estado.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 21 de octubre de 2015 se admitieron los recursos de apelación presentados por las partes (f. 11 del cuaderno N° 2) y por providencia de 23 de febrero de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 15 ibídem).

6.1. La parte demandante reiteró en lo sustancial los argumentos que expuso en la demanda y en el recurso de apelación. - **La parte demandada** no presentó alegatos.

6.2. El Ministerio Público solicitó que se confirme el fallo apelado, porque tal como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la prima de riesgo constituye factor salarial, pues la misma es percibida periódicamente cada mes y constituye una retribución directa al servicio.

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 **a)** si el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo; **b)** si el juez podía declarar la prescripción trienal de las prestaciones sociales reclamadas sin que hubiere sido propuesto como una excepción por la parte accionada.; y **c)** si la las cesantías podían ser objeto de declaración de prescripción extintiva.

8.3 Tesis de la Sala.

a) 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; **b)** El artículo 187 del CPACA, establece en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada; y **c)** las cesantías no podían ser objeto de declaración de prescripción porque el demandante sigue vinculado al cargo y la prescripción de dicha prestación comienza a correr a partir de su desvinculación.

8.4. Marco normativo y jurisprudencial sobre 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 el artículo 2, 3, y 4 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 salarías, 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:

“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:

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.”.



"(...) 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 anteriores y los aplica para decidir el recurso en estudio.

8.5. Lo probado dentro del proceso.

- El demandante se desempeñó como Detective 07 desde el 9 de noviembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2011, y devengaba, aparte de la asignación básica, una prima de riesgo equivalente al 35% dicha asignación (f. 25).



- El 02 de octubre de 2013, el actor presentó al DAS solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales, con inclusión a la prima de riesgo como factor salarial, la cual fue negada mediante oficio E-2310,18-201317858 del 07 de octubre de 2013 (fls. 20 -21).

8.6. El caso concreto.

- Como en el proceso se probó que el actor se desempeñó como Detective 07 del DAS; 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 reliquidar sus prestaciones sociales.

El apelante cuestionó el fallo de primera instancia porque declaró la prescripción extintiva de algunas prestaciones sociales sin que fuera propuesta por la entidad accionada, y afirma que ello desconoce el artículo 282 del C. G.P. que establece que en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción **deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.** No obstante lo anterior, la norma anteriores no se aplica a los procesos contenciosos porque en lo que atañe a las excepciones contiene regla especial, el artículo 187 del CPACA, de acuerdo con el cual, en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas **y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.**

No es cierto como lo señala el demandante que se debe aplicar el C.G.P. en relación a las excepciones, pues dicho Código solo entra a regir en esta jurisdicción cuando no exista regulación expresa sobre algún tema o cuando se remita expresamente a dicho Código. No obstante, el C.P.A.C.A., regula la forma de resolver las excepciones presentadas y autoriza al juez a decidir, aún de oficio, las que encuentre probada.

Por último, tiene razón la parte accionante cuando manifiesta que la prescripción trienal no puede recaer sobre las cesantías del actor, porque tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho del pago a la cesantía, dada su naturaleza, está llamado a reclamarse y a hacerse efectivo una vez el demandante queda desvinculado del cargo, por lo cual su prescripción extintiva solo puede comenzar a contarse cuando el empleado queda cesante; y de acuerdo con lo probado en el proceso el demandante no ha perdido la condición de empleado estatal.

8.7. Costas en segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA, 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.

Como el recurso en estudio se decide en forma desfavorable a la parte demandada, procede condenarla en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

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: Confirmar la sentencia de 22 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, salvo en la declaración de la prescripción extintiva de las prestaciones sociales, pues de dicha declaración se excluyen las cesantías.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada. Líquidense en el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ