

Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

Cartagena de Indias, D. T. y C., ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2014-00051-02
Demandante	IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 HECHOS

1.1.1 Laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS (en supresión) desde el 30 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Oficial Técnico de Inteligencia 09 del Área Operativa de la Seccional Bolívar, con una asignación básica mensual de \$1.272.133.

1.1.2. El DAS además del salario le pagaba mes a mes la "prima de riesgo", de manera habitual, durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio, la cual constituía un valor equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

1.1.3. El DAS durante toda la relación laboral liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionadas.

1.1.4 Presentó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013 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 consecuencialmente se reajusten y paguen todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se perciban a futuro.

1.1.5. Como consecuencia de la anterior reclamación, el DAS profirió acto administrativo particular número E-2310,18-201317718 mediante el cual se negó el reconocimiento solicitado sin indicarse en el mismo que

Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

recursos procedían, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

1.2. PRETENSIONES

1.2.1. Declaraciones

Declarar: **i)** Previa inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, la nulidad del acto administrativo particular N° E-2310,18-201317718, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento como factor salarial de la "prima de riesgo". A título de restablecimiento del derecho **ii)** Condenar a la demandada a que reconozca y pague debidamente indexada, la reliquidación de todas la primas, legales y extralegales, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de 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; **iii)** que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; **iv)** que se condene en costas a la demandada.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN

Constitución Política de Colombia, artículos 53, 58 y 93.

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127

Decreto 1933 de 1989.

Decreto 4057 de 2011, artículo 7.

Como concepto de la violación, 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, sin importar las denominaciones asignadas por la ley, como lo establecen los artículos 127 del C.S.T modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. Considera que, el acto acusado y los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994 desconocen esas normas y los principios de primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y los artículos 53 y 58 de la Carta.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido¹

Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídico. En cuanto a los hechos, no aceptó que la prima de riesgo sea factor salarial según lo dispone el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, la cual depende de la autonomía del Presidente de la República para definirla mediante Decreto. Aceptó los demás hechos.

¹ Fls. 49



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

Propuso las excepciones de “inepta demanda por inexistencia del acto administrativo”, “caducidad de la acción”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de interés para pedir”, “innominadas”.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

Mediante sentencia de fecha 24 de abril de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda, por considerar que, la demandada desconoció el principio constitucional de primacía de la realidad sobre la formalidad en asuntos laborales, de favorabilidad e irrenunciabilidad a los derechos sociales de que trata los artículos 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia que prohíbe la extinción de derechos adquiridos por leyes posteriores.

El A quo encontró acreditados los supuestos para inaplicar por inconstitucional la norma especial contenida en el artículo 4º del Decreto No. 2646 del 29 de noviembre de 1994, mediante el cual se creó la prima de riesgo para los empleados del DAS, por ser manifiestamente contraria a la Carta Política, y en su defecto, por ser más compatible con la Constitución, aplicar el inciso 2º del artículo 7 del Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011, que reconoció tácitamente la prima de riesgo como parte integral de la asignación mensual de los empleados.

Declaró probada la excepción de prescripción, sobre las diferencias causadas con anterioridad al 2 de octubre de 2010.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 PARTE DEMANDANTE³

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto a la prescripción decretada sobre las prestaciones sociales de la demandante y lo de las costas, que considera deben imponerse debidamente.

En cuanto a la prescripción, sostuvo que el fenómeno prescriptivo no puede recaer sobre el concepto de cesantías, teniendo en cuenta los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado, en las que se indica que el auxilio de cesantías es una prestación social, de la cual solamente puede disponer el trabajador cuando se haya terminado el contrato de trabajo, por lo tanto, el término prescriptivo debe empezarse a contar con la terminación del vínculo laboral.

El otro motivo de inconformidad con la decisión de primera instancia, lo constituye la no condena en costas a la parte demandada, pues considera que estas se causaron y la parte demandante debió cubrir todos los gastos requeridos por concepto de notificaciones y correos, además que se efectuó el depósito de los gastos del proceso ordenado por el despacho; además, solicita que se tenga en cuenta para la fijación de las agencias en derecho, la diligencia y cuidado

² Fl. 139 – 155.

³ Fl. 164 – 170.





Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

que ha tenido la parte demandante en la actuación procesal que a su juicio, se inicia con la reclamación administrativa, el posterior trámite de la conciliación como requisito de procedibilidad y el proceso mismo.

4.2 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA⁴

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la prima de riesgo ha tenido un desarrollo normativo a partir del Decreto 1933 de 1989, ninguna de las normas que la han regulado la incluyen como factor salarial, por lo que considera, no existen argumentos jurídicos que permitan afirmar que se debió incluir este concepto en la liquidación de las prestaciones sociales al momento de la supresión del DAS.

Sostuvo además, que hasta la fecha no se ha proferido fallo en el que se declare la nulidad del Decreto 2646 de 1994, de lo cual se infiere que, el mismo goza de plena legalidad y no habiendo otra norma que regule lo atinente a la denominada prima de riesgo, deberá aplicarse en su totalidad el mencionado decreto.

Señaló que, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, radicado 568-2008, estableció que el único evento en el cual la prima especial de riesgo es tenida en cuenta como factor salarial, es para calcular el ingreso base de liquidación para la pensión de jubilación, postura que fue confirmada en el fallo de fecha 1 de agosto de 2013.

Finalmente, se refirió al régimen de personal de la entidad y explicó que, desde el 1 de enero de 2012, fecha en la cual la UAE Migración Colombia empezó a ejercer sus funciones, tal como lo establece el Decreto 4057 de 2011, la prima de riesgo se encuentra incorporada en el salario del demandante.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindieran concepto de fondo, respectivamente⁵.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1 Parte demandante⁶

En su escrito de alegatos, citó diversos pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se estudia el tema de la prima de riesgo, y al respecto concluyó que,

⁴ Fl. 171 – 174.
Fl. 187.
Folios 190 -197



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha determinado que la prima de riesgo constituye factor salarial para pensiones y no se ha pronunciado acerca del alcance que tiene para las prestaciones económicas, si lo ha efectuado la Sección Primera en sede de tutela, aduciendo que no se incurre en vía de hecho al realizar una aplicación extensiva de lo dicho por la Sección Segunda de esa Corporación y que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta como factor salarial, para liquidar las prestaciones sociales y económicas de los empleados del extinto DAS, pues el mismo razonamiento que hizo el Consejo de Estado para las pensiones, es perfectamente aplicable para las prestaciones.

Por otro lado, se fundamentó en diversa jurisprudencia del Consejo de Estado para concluir que, para los ex funcionarios del DAS, la prescripción sobre las cesantías no aplica, pues si bien la entidad se suprimió, sus funcionarios fueron incorporados en otras entidades públicas, como es el caso del actor. De igual manera, solicita se tenga en cuenta la imposición objetiva de costas, conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado.

6.2 Parte demandada.

No presentó alegatos de conclusión.

6.3. Concepto del Ministerio Público⁷

Solicitó CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por encontrarse ajustada al ordenamiento jurídico y por dar prevalencia a los derechos fundamentales del demandante.

Afirmó que, al excluir la prima de riesgo como factor salarial se estaría contrariando el principio constitucional de los derechos adquiridos contenido en el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, por cuanto, antes de la vigencia del Decreto 2646 de 1994 dicha prestación tenía el carácter de tal, y así venía siendo reconocida.

Indicó que, la prima de riesgo ostenta una naturaleza salarial por ser un beneficio recibido por el trabajador de manera habitual, periódica y como contraprestación por la actividad de alto riesgo desplegada, por lo que debe primar como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política, la realidad sobre las formalidades, así como el principio de favorabilidad en materia laboral frente a las disposiciones establecidas en las normas reglamentarias, ya que la realidad indica que por tratarse de una contraprestación directa del servicio, pagada en forma habitual, debe y tiene carácter salarial, así se le haya estipulado lo contrario.

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, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por

⁷ Folios 198 - 200

Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que materialicen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, 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 los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico

Atendiendo los argumentos de la impugnación, la Sala encuentra que el problema jurídico, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿La sentencia de primera instancia debe ser revocada o confirmada?

Para dar respuesta al cuestionamiento planteado, habrá de resolver la Sala si:

¿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?

¿Resulta procedente declarar la prescripción trienal de las diferencias que se ordena pagar, como lo decidió el A quo?

¿Se debe revocar la decisión de no condenar en costas en el caso concreto?

3. Tesis de la Sala

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 cuanto 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.

En lo referente a la prescripción declarada de oficio por el A quo, la Sala la modificará, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135

Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, de tal manera que, una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual. En ese sentido, si bien le asistió razón al A quo al declarar de oficio la excepción de prescripción respecto de los salarios y prestaciones dejadas de percibir con anterioridad al 2 de octubre de 2010, teniendo en cuenta que la reclamación de la parte actora se efectuó el 2 de octubre de 2013; no sucede lo mismo respecto de las cesantías, pues debe tenerse en cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016⁸, determinó la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas, mientras subsista la relación laboral, pues finalizada ésta, sí procede el fenómeno prescriptivo. Aplicando esta regla al caso concreto se tiene que, como la relación laboral del actor con el DAS finalizó el 31 de diciembre de 2011, no se generó el fenómeno prescriptivo de las mismas, toda vez que, la petición se presentó en tiempo.

En cuanto a la condena en costas, se dispondrá revocar el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, por cuanto, contrario a lo afirmado por el A quo, sí es procedente dicha condena en el caso concreto, al encontrarse acreditado el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad desplegada por el apoderado de la parte demandante en primera instancia.

4. Marco normativo y jurisprudencial

En el caso concreto se discute la prima de riesgo como factor salarial y no para efectos del reconocimiento de pensión de vejez, lo cual se aclara para efectos de que la Sala no de aplicación a la Sentencia de Unificación del 28 de Agosto de 2018, relacionada con los factores a ser incluidos en el IBL de las personas beneficiarias del régimen de transición.

Esta prima 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"*.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016. Radicación 080012331000201100628-01 (0528-14). Yesenia Esther Hererira Castillo.





Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

administrativas y los Conductores, en un monto equivalente al 30% de la asignación básica mensual y recalco 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 Monsalve⁹, 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 Corporación¹⁰, 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.

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

⁹ 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

¹⁰ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.





Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

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*¹¹, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹² 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.

¹¹ Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² "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. (...).".





Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

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 Riesgo¹³."*

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".

Así las cosas, la Sala concluye que, efectivamente, aun cuando la ley niegue el carácter de factor salarial que constituye la prima de riesgo, es innegable que su naturaleza jurídica, configura un factor salarial para efectos prestacionales de todo orden, dado que es remunerada mes a mes.

La tesis expuesta ha sido reiterada en pronunciamientos más recientes de la Sección Segunda del Consejo de Estado, así por ejemplo, en sentencia de fecha veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)¹⁴ precisó: "esta Corporación si bien es cierto que abordó la prima de riesgo para su inclusión en la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen del DAS, también lo es que dedujo su carácter salarial, en razón a que es una retribución al trabajador por la prestación de sus servicios, que además la recibe de manera permanente y mensual, por lo tanto, comporta factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales (incluida la pensión)".

5. EL CASO CONCRETO

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1 La señora IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS suprimido, en el período comprendido desde el 3 de julio de 1991, hasta el 31 de diciembre de 2011 como OFICIAL TÉCNICO DE INTELIGENCIA 204-09 en la seccional Bolívar (Folio 28).

¹³ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

¹⁴ Proferida dentro del proceso con radicación 11001-03-15-000-2017-00483-00, Subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

5.1.2 Mediante escrito radicado el 30 de septiembre de 2013, la señora IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO 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, como 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 (fl. 18 – 19).

5.1.3 Por medio de Oficio N° E-2310,18-201317718 de fecha 3 de octubre de 2013, el DAS en proceso de supresión respondió la reclamación anterior, afirmando que la prima de riesgo no constituye factor salarial, en los términos descritos en los decretos que la regulan y en jurisprudencia del Consejo de Estado, de la cual se desprende que la misma solo puede ser tenida en cuenta para efectos pensionales (Folio 20).

5.1.4 En planillas contentivas del reporte de nómina de la señora IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO, se observa el reconocimiento y pago mensual de la prima de riesgo, relacionada desde el mes de enero de 2008 hasta 30 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 30% de su asignación básica mensual (Folios 24 - 28).

5.2 Del análisis crítico 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 inaplicó por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y dispuso nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° E-2310,18-201317718 de fecha 3 de octubre de 2013.

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 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 demandante IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 3 de julio de 1991, hasta el 31 de diciembre de 2011



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

como **OFICIAL TÉCNICO DE INTELIGENCIA** en la Seccional Bolívar (Folio 28) y demostró empezar a devengar la prima de riesgo desde el mes de enero de 2008, en porcentaje correspondiente al 30% de su asignación básica mensual. (Folios 24 - 28), no resulta ajustado a los Tratados Internacionales¹⁵ y a la Constitución Política¹⁶ 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.

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

En cuanto a la prescripción de las prestaciones sociales, la Magistrada Ponente debe aclarar que aunque en anteriores providencias sostuvo el criterio según el cual en este tipo de casos no se presenta el fenómeno de la prescripción extintiva, en la medida que, la sentencia que dispone la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que le niega el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, tenía 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. No obstante, a partir de esta providencia acoge el criterio mayoritario de la Sala Fija de Decisión No. 2, según el cual las pretensiones

¹⁵ 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...”

¹⁶ 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 13001-33-33-002-2014-00051-02

reconocidas sí están sometidas al término prescriptivo de tres (3) años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, por lo que, una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, por cuanto, si bien le asistió razón al A quo al declarar de oficio la excepción de prescripción respecto de los salarios y prestaciones dejadas de percibir con anterioridad al 2 de octubre de 2010, teniendo en cuenta que la reclamación de la parte actora se efectuó el 2 de octubre de 2013; no sucede lo mismo respecto de las cesantías, pues debe tenerse en cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁷, determinó que la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas se predica mientras subsista la relación laboral, pues finalizada ésta, sí procede el fenómeno prescriptivo. En ese sentido, si en el caso concreto la relación laboral con el DAS finalizó el 31 de diciembre de 2011 y la reclamación fue presentada el 2 de octubre de 2013, quiere decir ello que, no habían transcurrido aún los tres (3) años requeridos para que ocurriera el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que la prescripción se configura respecto de los concepto salariales y prestacionales dejados de percibir con anterioridad al 2 de octubre de 2010, con excepción de las cesantías al predicarse la imprescriptibilidad de las mismas, tal como lo sostuvo la parte demandante en el recurso de apelación.

Finalmente, en cuanto a la procedencia de la condena en costas en primera instancia, la Sala tendrá en cuenta el artículo 188 CPACA, según el cual "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 vez, el artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral 1 dispone que "**se condenará en costas** a la parte vencida en el proceso"; mientras que en el numeral 8 se establece que "sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

Al respecto, la Sala coincide con el recurrente en que, contrario a lo afirmado por el A quo, el mandato contenido en las normas anteriores implica que el juez tiene la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre la condena en costa, de manera que, como lo ha considerado el Consejo de Estado, se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil. Para el efecto, se tendrá en cuenta el siguiente

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016. Radicación 080012331000201100628-01 (0528-14). Yesenia Esther Hererira Castillo.



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A¹⁸:

"Al respecto, se advierte que el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez tiene la obligación en la sentencia de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

En ese orden de ideas, sí era procedente la condena en costas que impuso el Tribunal accionado al señor Mario Correa Cadavid, toda vez que el enunciado deóntico "dispondrá" que el artículo 188 ibídem consagró, puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

Asimismo, el calificativo de "valorativo" se debe a que al juez le corresponde revisar en el expediente si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso".

De lo anterior se desprende que, el criterio valorativo que se debe tener en cuenta para disponer sobre la condena en costas, conlleva a que el juez revise en el expediente si las mismas se causaron, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad efectivamente realizada por el apoderado de la parte a cuyo favor deban resolverse las mismas. Por lo tanto, al encontrarse acreditado el pago de gastos del proceso y las actividades realizadas por el apoderado de la parte demandante en el curso de la primera instancia, ha de concluirse que sí era procedente la condena en costas en este caso. En ese sentido, se revocará el ordinal quinto de la providencia de primera instancia.

7. Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 CPACA en concordancia con 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, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por el juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el 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,

¹⁸ Sentencia de fecha siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida dentro del proceso con radicación 11001-03-15-000-2018-04385-00(AC), C.P: William Hernández Gómez.



Radicado 13001-33-33-002-2014-00051-02

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el ordinal QUINTO de la sentencia de primera instancia. En su lugar se dispone: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales de primera instancia, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que la prescripción se configura respecto de los concepto salariales y prestacionales dejados de percibir con anterioridad al 2 de octubre de 2010, **con excepción de las cesantías** al predicarse la imprescriptibilidad de las mismas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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 a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

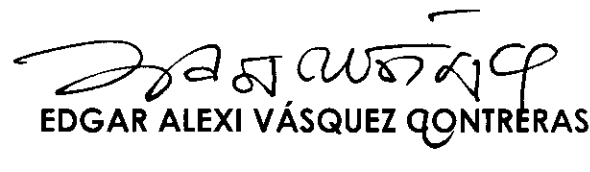
LOS MAGISTRADOS,



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2014-00051-02
Demandante	IBET SENOVIA GUTIÉRREZ GUARDO
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE