

Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

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	13001-33-33-011-2014-00055-01
Demandante	EFRAIN HERRERA TORRES
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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero 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 17 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Detective 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 35% 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 4 de octubre 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 consecuentemente 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-2310,18-201318154 mediante el cual se negó



Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

el reconocimiento solicitado sin indicarse en el mismo que 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-2310,18-201318154, 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

¹ Fls. 47 – 60.





Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

autonomía del Presidente de la República para definirla mediante Decreto. Aceptó los demás hechos.

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 22 de julio de 2016, el Juzgado décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda, por considerar que, era procedente reconocer a la prima de riesgo su naturaleza salarial, inaplicando las disposiciones que le desconocen tal carácter. Al respecto, consideró que aunque se haya definido en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1137 de 1994 y en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, que la prima de riesgo no tendría un carácter salarial, ello no puede desconocer el principio de primacía de la realidad, a efectos de desnaturalizar una determinada prestación.

Fundamentó su decisión, entre otros pronunciamientos, en la sentencia de unificación de fecha 1 de agosto de 2013 del Consejo de Estado, que hace referencia al carácter salarial de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de la mesada pensional.

Declaró probada la excepción de prescripción, sobre las diferencias causadas con anterioridad al 8 de octubre de 2010.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA³

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-

² Fl. 162 – 175.

³ Fl. 180 - 183



Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

2008, estableció que el único evento en el cual la prima especial de riesgo es tomada 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 quince (15) de junio 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, respectivamente⁴.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1 Parte demandante⁵

Solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

Como fundamento de sus 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, 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 tomada 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.

6.2 Parte demandada.

No presentó alegatos de conclusión.

⁴ Fl. 199

⁵ Folios 203 - 209



Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

6.3. Concepto del Ministerio Público⁶

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 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:

⁶ Folios 210 a 212.





Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

¿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?

3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, 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.

Sin embargo, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que, si bien es cierto el término prescriptivo se predica respecto de las prestaciones que se ordenan reliquidar, tales como, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; no sucede lo mismo con 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 2016⁷, determinó que la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas se predica mientras subsista la relación laboral. 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.

4. Marco normativo y jurisprudencial

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

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

⁷ 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 13001-33-33-011-2014-00055-01

El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter **permanente** para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, en un monto equivalente al 30% de la asignación básica mensual y recalzó 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 Monsalve⁸, 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 tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación⁹, 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

⁸Consejo 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

⁹ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.





Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

(...)

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

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales¹⁰, 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 1991¹¹ estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y

¹⁰Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ "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





Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: *"Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo¹²."*

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)¹³ 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

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. (...)."

¹² Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

¹³ Proferida dentro del proceso con radicación 11001-03-15-000-2017-00483-00, Subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cuéfer.



Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

5.1.1 El señor EFRAÍN HERRERA TORRES laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS suprimido, en el período comprendido desde el 15 de febrero de 1994, hasta el 31 de diciembre de 2011 como DETECTIVE PROFESIONAL 207- 09 en la seccional Bolívar (Folio 24).

5.1.2 Mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2013, el señor EFRAIN HERRERA TORRES 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-2310,18-201318154 de fecha 11 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 del señor EFRAIN HERRERA TORRES, 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 35% de su asignación básica mensual (Folios 27-30).

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 declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° E-2310,18-201318154 de fecha 11 de octubre de 2013.

Lo anterior, porque en efecto, el 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.

Radicado 13001-33-33-011-2014-00055-01

En esa medida, y como en el expediente se probó que el actor EFRAÍN HERRERA TORRES laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 15 de febrero de 1994, hasta el 31 de diciembre de 2011 como **DETECTIVE PROFESIONAL 207-09** en la Seccional Bolívar (Folio 24) y demostró empezar a devengar la prima de riesgo desde el mes de enero de 2008, en porcentaje correspondiente al 35% de su asignación básica mensual. (Folios 27 - 30), no resulta ajustado a los Tratados Internacionales¹⁴ y a la Constitución Política¹⁵ 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 los reconocemos como tales, se incluyen también los pagos que tiene como objeto cubrir los riesgos eventuales que corre el trabajador en el desarrollo de las actividades laborales, como son aquellos profesionales, que existen en ciertas actividades denominadas de alto riesgo, las cuales cumplen los empleados del DAS, en donde el peligro inherente a las mismas está directamente relacionada con el servicio, ello conduce a concluir que la prima de riesgo tiene carácter salarial.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de las prestaciones sociales, la Sala dando aplicación al inciso segundo del artículo 187 del CPACA, el cual dispone que en la sentencia de segunda instancia el superior tendrá la facultad de estudiar y decidir sobre las excepciones de fondo propuestas o no, encuentra

¹⁴ 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..."

¹⁵ 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 13001-33-33-011-2014-00055-01

que en el caso concreto se debe MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en tanto dispuso tener por prescritas las sumas causadas con anterioridad al 8 de octubre de 2010, por cuanto, si bien es cierto que dicho término prescriptivo se predica respecto de las prestaciones que se ordenan reliquidar, tales como, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; no sucede lo mismo con 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 2016¹⁶, 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 8 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 8 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.

7. Condena en Costas

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,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que la prescripción no se configura respecto de las cesantías al predicarse la imprescriptibilidad de las mismas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁶ 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 13001-33-33-011-2014-00055-01

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: 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.

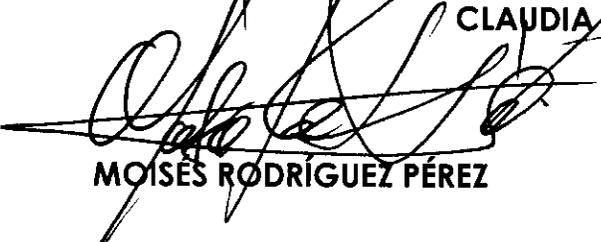
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

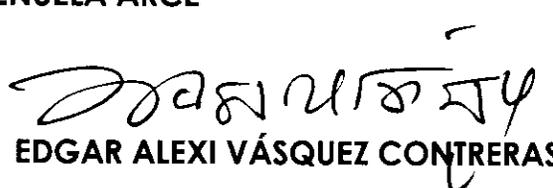
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2014-00055-01
Demandante	EFRAIN HERRERA TORRES
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

