



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (09) marzo de dos mil quince (2015).

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN	13-001-33-33-008-2014-00057-00
DEMANDANTE	JAVIER ANTONIO OLGUIN SERNA
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA - DAS

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **JAVIER ANTONIO OLGUIN SERNA**, a través de apoderado judicial, contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN SUPRESION - DAS - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA**

I. LA DEMANDA

PRETENSIONES

PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° del decreto Nro. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos 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 NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201318514, notificado el 25/10/2013, 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 CPACA.

HECHOS

La demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1. El demandante laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), desde el 22/03/1996 hasta el 31/12/2011.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

2. El cargo desempeñado fue el de detective 09 del área operativa, de la seccional Bolívar, en la ciudad de Cartagena de Indias.
3. La asignación básica devengada fue la suma de \$1.272.133.
4. El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), además del salario percibido, le pagaba mes a mes una prima denominada "prima de riesgo", ordenada en el decreto Nro. 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada en los decretos 132 de enero 17, 1137 de junio 2 y 2646 de noviembre 29 de 1994.
5. La prima de riesgo citada fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de las labores de alto riesgo en las que se encontraban expuestos a peligro mayor; les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.

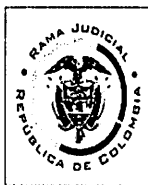
CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Manifiesta el apoderado de la demandante las siguientes consideraciones:

El artículo 2 de nuestra Carta Fundamental establece que son fines primordiales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que la afecten y en la vida económica, jurídica, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Este Precepto Constitucional encierra todo el horizonte que debe primar en el desarrollo de las políticas de la Nación para garantizar su fin primordial, especialmente en las fuerzas castrenses, estatuidas en gran parte para coadyuvar este primordial objetivo de paz y concordia, tan anhelado hoy día en nuestro convulsionado País.

En el artículo 53 de nuestra Carta Magna se incorporan los conceptos de salario, primacía de la realidad sobre las formas, principios de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales.

El significado que para nuestro ordenamiento jurídico tiene el concepto de salario y sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago, indica que deben ser integradas todas las sumas pagadas de manera habitual, generadas como contraprestación de la labor ejecutada por el empleado, sin importar las denominaciones asignadas por la ley o las partes contratantes, y en virtud del artículo 93 de la Carta Política, es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que desarrollan materias laborales y conforman la normatividad iusfundamental vigente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

La Corte Constitucional en sentencia SU-995 de 1999, esboza una interpretación amplia y no restrictiva de la noción de salario, así:

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados (En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario), sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias" (Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.)

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en su artículo 1° 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".

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."...(Negritas fuera de texto)

Con base a la jurisprudencia transcrita, se pueden inferir los alcances de la noción salario resultando interesante y particular, para efectos prestacionales, pues corre la frontera conceptual normativa en la que estamos formados, la cual limita los alcances de la noción salario a las cantidades recibidas por el trabajador como remuneración directa por su trabajo, de tal suerte que las prestaciones sociales, al no responder estrictamente a una remuneración directa del servicio, quedan por fuera de la noción restringida de salario.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Esta ilustración encuentra respaldo en la noción que de salario tiene la Organización Internacional de Trabajo, la cual considera que lo es todo pago que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria, sin excluir las prestaciones sociales. De esta definición, por supuesto, se desprenden importantes consecuencias jurídicas, pues los artículos 53 y 93 de la carta política establecen, respectivamente, que *"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna"*, y que *"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."*

II. RAZONES DE LA DEFENSA

La demanda fue contestada por la parte accionada en escrito fechado 07 de mayo de 2014 en el cual se resumen los siguientes argumentos:

La prima reclamada no se encuentra enlistada como factor salarial en las leyes 33 y 62 de 1985, así como tampoco en el Decreto 2646 de 1994 dispone que la de riesgo no constituye factor salarial y tampoco se encuentra en el listado del art. 18 del Decreto 1933 de 1989, en la norma se estableció que la prima no tendrá carácter salarial. Luego el Decreto 2648 del 29 de Noviembre de 1994 crea una prima especial de riesgo y en el numeral 4 de la citada norma se preceptúa que la prima no constituirá factor salarial.

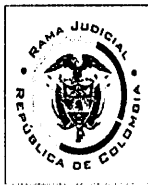
EXCEPCIÓN DE MERITO.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Esto debido a que la entidad no está obligada a recocerle emolumento diferente a dicha prima de riesgo, a la demandante en virtud a que la misma no constituye factor salarial, como fue explicado en extenso, en el acápite correspondiente a la fundamentación fáctica y jurídica de la defensa. Esta se resolvió en la audiencia inicial por lo que se atenderá a lo allí resuelto.

FALTA DE INTERES PARA PEDIR: no le asiste razones ni fácticas ni jurídicas, a la demandante, para solicitar el incremento de las prestaciones sociales, por cuanto ya se dijo, dicha prima de riesgo, no constituye factor salarial, acorde con la normatividad antes mencionada. Esta Obedece a asuntos que tocan el fondo de la controversia, razón por la cual deberán ser estudiadas al analizar la decisión final, por cuanto se abstiene en esta instancia de pronunciamiento alguno, previo al análisis propio del asunto.

III. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda se presentó el 10 de febrero de 2014, mediante auto de fecha 20 de febrero de 2014 se admitió, por mensaje personal electrónico se notifica al demandado el 07 de abril de 2014, en la misma fecha se remiten los oficios de notificación a la demandada y al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Mediante auto de fecha 13 de agosto de 2014, se acepta la sucesión procesal y se citó a las partes a audiencia inicial para el día 05 de noviembre de 2014, conforme con el artículo 180 del CPACA. El día 22 de enero de 2015 se cierra el periodo probatorio y se corre traslado para alegar.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

DEMANDANTE: Se presentaron en audiencia.

DEMANDADO: Se presentaron en audiencia.

MINISTERIO PÚBLICO: se abstuvo de emitir concepto.

PRUEBAS

- Reclamación administrativa.
- Respuesta a la reclamación administrativa.
- Copia Constancia de audiencia de conciliación fallida.
- Oficio expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en proceso de supresión, donde se remiten los siguientes documentos: (Certificado laboral.)
- Certificado de empleado público.
- Certificaciones de Salarios mes a mes correspondientes a los años 2008 a 2011.
- Certificado de cesantías.
- Copia de la acreditación de envío de la solicitud de conciliación extrajudicial a la Agencia Nacional para la defensa Jurídica del Estado, de fecha 25/11/2013, encabezada por el señor JORGE GREGORIO ACOSTA MARTINEZ.
- Expediente Administrativo

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto, y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a resolver las excepciones de fondo interpuestas por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda y luego si ninguna de estas prospera pronunciarse de fondo sobre el asunto sometido a control judicial.

Así las cosas, procede el despacho a estudiar la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, una vez analizados dicha normatividad, entrar a proferir sentencia dentro del presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar lo siguiente:



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

¿El accionante tiene o no derecho a que se le incluya en la liquidación de las prestaciones sociales, la prima de riesgo contenida en el Decreto 2646 de 1994?

TESIS DEL DESPACHO.

Considera el Despacho que el acto administrativo demandado debe declararse nulo, ya que lo procedente es que a la accionante se le liquiden las prestaciones sociales legales teniendo en cuenta el salario que percibe, lo anterior si se tiene en cuenta la jurisprudencia reciente del H. Consejo de Estado en donde se establece que *"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"*¹.

En consecuencia, se concederán las pretensiones de la demanda toda vez que conforme al concepto de salario enunciado, no hay razón que justifique la no inclusión de la prima de riesgo- que tiene el carácter de habitual y periódica- en la liquidación de las prestaciones sociales legales.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

Las prestaciones sociales nacen de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador; no retribuyen propiamente la actividad desplegada por el empleado sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio empleado y para aquellos que dependen de su capacidad productiva. Estas prestaciones se liquidan teniendo en cuenta el salario que devengue el interesado entendido este último concepto de una manera extensiva y dejando de lado el concepto restringido que se traía de sueldo, según palabras del H. Consejo de Estado:

"(...) 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

¹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, sección segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve
1 de agosto de 201, Rad.: 2008-00150 (0070-11)



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

empleador (...)" En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)²."

Vista así las cosas, es de forzosa conclusión que todo aquello que reciba el trabajador como contraprestación de su fuerza de trabajo, debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales legales.

De la prima de riesgo de los empleados del Departamento de Seguridad, DAS.

En relación con la prima de riesgo, mediante Decreto 1137 de 1994 se creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente; criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores³, equivalentes, en todo caso, al 30% de su asignación básica mensual, la cual según el artículo 1 ibídem no constituía factor salarial.

Así se lee en la citada norma:

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002

³ Que no estén asignados a tareas administrativas.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

“Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2o, 3o, y 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.”.

La citada disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994 *“por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad⁴”,* a través del cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la citada prestación especial para el mismo grupo de empleados, pero en un porcentaje superior al establecido en el Decreto 1137 de 1994, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.”.

(...)

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.

En este punto advierte el despacho, que el Decreto 2646 de 1994, en su artículo 4, retoma la previsión del artículo 1 del Decreto 1137 de 1994, según la cual la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, en los siguientes términos:

“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.”.

Teniendo en cuenta la normatividad trascrita se deba concluir, *prima facie*, que a la demandante no se le podría liquidar las prestaciones sociales incluyendo la prima de riesgo solicitada, puesto que la norma expresamente establece la no inclusión de la misma como factor salarial, pero advierte el despacho que dicha norma a tenido una interpretación por parte del H. consejo de Estado a saber:

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales⁵, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste

⁴ Al respecto, estableció el artículo 5º que: *“El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994.”.*

⁵ Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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.

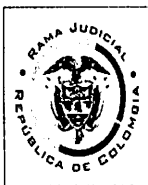
Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991⁶ estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo⁷."

⁶ "ARTICULO 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. (...)."

⁷ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 conductores⁸. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, se debe determinar si la demandante tiene derecho a que se le practique una nueva liquidación de las prestaciones sociales legales, teniendo en cuenta la prima de riesgo contenida en el Decreto 2646 de 1994.

A folios 24 al 29 del expediente, obra certificados de información laboral y salarial en donde se puede observar que el demandante mes a mes recibe la prima especial de riesgo por desempeñar el cargo de DETECTIVE PROFESIONAL, es decir de manera habitual y periódica.

Observa esta casa judicial que en el libelo de la demanda, el apoderado del demandante solicita la prima de riesgo en un porcentaje de 35% de la asignación básica de conformidad con el numeral 01 del Decreto 2646 de 1994, de las pruebas arrimadas se observa que al actor devengo una prima correspondiente al 35% (folio 24) sobre la asignación mensual, en consecuencia se le concederán las pretensiones a la actora con base este último numeral.

De las pruebas relacionadas y conforme a la normatividad y jurisprudencia referenciada, el actor tiene derecho a que se le reliquiden las prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994, en una proporción del 35% sobre la asignación mensual. Ahora, en cuanto al tiempo que se reconoce el derecho, se debe tener presente la fecha de radicación de la solicitud, la cual corresponde al 10 de noviembre de 2013 (folio 18), por ello se encuentran prescritas las diferencias anteriores al **7 DE OCTUBRE DE 2010**.

Paralelamente se debe hacer la salvedad, en lo concerniente a los tiempos que se reconocen por concepto de cesantías, pues estas últimas se cancelaran desde el momento en que se vinculó el actor a la entidad, toda vez que conforme a la jurisprudencia reciente del Tribunal Administrativo de Bolívar⁹, citando al Consejo de Estado¹⁰, se consagran la no existencia de un término prescriptivo para esta prestación, al respecto se dijo:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, sección segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve 1 de agosto de 2011, Rad.: 2008-00150 (0070-11)

⁹ Tribunal de Bolívar, MP. José Fernández Osorio, auto del 05 de diciembre de 2013. Rad. 2012-00001-01

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección segunda A. C.P. Luis R. Vergara Quintero. Rad. 2002-01405 (0132-10)



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

No obstante, el derecho a las cesantías no está en una ni otra de las normas citadas (refiriéndose al Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969), lo que lleva a concluir que el término prescriptivo allí consagrado no los cubre y ni la Ley 06 de 1945, ni la Ley 65 de 1946, ni el Decreto 3118 de 1968 establece un término prescriptivo para que se haga efectivo el pago de las cesantías.

En resumen, le asiste razón a la parte demandante en lo atinente a que la prestaciones sociales se le deben liquidar teniendo en cuenta la prima de riesgo consagrada en el Decreto 2646 de 1994, pues la misma como parte integrante del concepto amplio de salario tiene una innegable incidencia como factor salarial ya que se configura la exigencia de la habitualidad y la periodicidad conforme a los lineamientos arriba referenciados, en consecuencia, no prosperan los fundamentos esbozados por la demandada que sustentaron las excepciones de FALTA DE INTERÉS PARA PEDIR, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia estudiada, a más que las razones expuestas en la contestación no se presentó una argumentación que permite llegar a una conclusión opuesta.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se dispondrá la liquidación de costas en contra del demandado, para lo cual se adelantará el trámite del CPC.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la Nulidad del Acto E-2310,18-20131814, notificado el 25/10/2013, mediante el cual se negó reconocer como factor salarial para todos los efectos legales la prima de riesgo contenida en el Decreto 2646 de 1994.

SEGUNDO: En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **ORDÉNASE** a la entidad demandada- relíquidar todas las prestaciones sociales del señor JAVIER ANTONIO OLGUIN SERNA, teniendo en cuenta la prima de riesgo consagrada en el Decreto 2646 de 1994 en un porcentaje del 35% de lo devengado por la actora, a partir del **7 DE OCTUBRE DE 2010**, exceptuando las cesantías las cuales se pagaran desde la vinculación laboral de la demandante a la entidad, tal como se estableció en la parte motiva.

TERCERO: Declárense no probadas las excepciones de méritos presentadas.

CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

SEXTO: Declárense prescritas las prestaciones sociales anteriores al 7 DE OCTUBRE DE 2010, exceptuando las cesantías.

SEPTIMO: Condénese en costas y agencias en derecho de conformidad con los art. 392 - 395 C.P.C., los Acuerdos 1887 del 26 de junio de 2003 y 2222 del 10 de diciembre de 2003. Líquidense por secretaria.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena