



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-004-2014-00082-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JAVIER CABARCAS ANGULO</b>
<b>Demandado</b>	<b>DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-FIDUPREVISORA S.A.</b>
<b>Tema</b>	<b>reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la prima especial de riesgo/Ex-empleados del DAS</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada –FIDUPREVISORA S.A., en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**1.1 Pretensiones.**

Previa inaplicación del artículo 4 del decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, se declare la nulidad del acto administrativo particular N° E-2310,18-201317508, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento como factor salarial de la "prima de riesgo".

En calidad de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar, 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; y se condene en costas a la demandada.

**1.2. Hechos**

Se resumen así:

**1.2.1.** Laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS (en supresión), desde el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2011 como Auxiliar 03 del Área Administrativa en la Ciudad de Cartagena, con una asignación básica mensual de \$894.688.

**1.2.2.** 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





Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

del servicio, la cual constituía un valor equivalente al 35% de su asignación básica mensual.

**1.2.3.** 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.

**1.2.4** 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.

**1.2.5.** Como consecuencia de la anterior reclamación, el DAS profirió acto administrativo particular número E-2310,18-201317508 mediante el cual se negó el reconocimiento solicitado sin indicarse en el mismo que recursos procedían, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

### **1.3 Normas violadas y concepto 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.

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, así como la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado.

## **2. LA CONTESTACIÓN.**

### **2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido<sup>1</sup>.**

Se opone a todas las pretensiones de la demanda y da por cierto todos los hechos de la demanda, excepto los relacionados con la prima de riesgo como factor salarial, porque, las primas de riesgo que se reclaman, no constituyen factor salarial, y dichas pretensiones se fundamentan en una apreciación personal del demandante sobre si la prima constituye factor salarial.

<sup>1</sup> Fls. 50-62



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

Indicó que en el decreto 2646 de 1994 en el artículo 1 dispuso que “...los empleados que desempeñen cargos de detective especializado profesional o agente, criminalística especializado, profesional o técnico y los conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al 35% de su asignación básica mensual...” además, preciso, que el decreto 2646 de 1994, artículo 4 estableció que la “...**prima a que se refiere el presente decreto no constituye factor salarial...**” y agrega que estas normas “...son diáfanas al establecer que la prima de riesgo reclamada, no constituye factor salarial y cuando la ley es clara no se podrá entrar a interpretarla...”.

Citando la jurisprudencia C-279 de 1996, manifiesta que el legislador tiene libertad para legislar temas relacionados con establecer si un componente es factor salarial o no, el cual no vulnera principios superiores

Además, propuso como excepciones: i) inepta demanda por inexistencia del acto administrativo, ii) caducidad de la acción, iii) falta de legitimación en la causa por pasiva, y iv) falta de interés para pedir e innominadas.

## **2.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>2</sup>.**

Mediante apoderado, presentó escrito solicitando su desvinculación procesal y la vinculación con intervención necesaria de la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera del patrimonio autónomo denominado PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio.

## **2.3 Fiduprevisora S.A.-como vocera del PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y su Fondo Rotatorio<sup>3</sup>.**

Solicitó que sean denegadas las pretensiones de la demanda, y da por cierto todos los hechos de la demanda, excepto los relacionados con la prima de riesgo como factor salarial, porque, las reclamada no constituye factor salarial. Señala que del análisis de las normas que rigen la materia, se tiene que el legislador estableció expresamente que dicha prima no constituía factor salarial, sin que pueda el fallador otorgar incidencia a ésta en la liquidación las prestaciones sociales, habiéndose establecido como factor salarial por el Consejo de Estado sólo para efectos pensionales. Propuso las excepciones de: i) caducidad, e ii) inepta demanda.

<sup>2</sup> Fl. 190-192.

<sup>3</sup> Fl. 226-240.





Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>4</sup>**

Mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, vulnera la normatividad contenida en el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad, toda vez que, contrario a lo señalado en la literalidad de dicho artículo, la prima de riesgos esta revestida de las características propias de un factor salarial, en atención que la misma era percibida en forma habitual y periódica por el demandante, debiendo ser incluida para efectos de liquidar las prestaciones sociales a las que tuviere derecho.

En cuanto a la entidad responsable como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, precisó que conforme al artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018", en concordancia con el artículo 1º del Decreto 108 del 22 de enero de 2016, es la Fiduprevisora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A., siendo ésta la que debe asumir la condena impuesta en la sentencia, declarando en ese sentido la falta de legitimación en la causa material por pasiva de la Fiscalía General de la Nación.

Declaró probada la excepción de prescripción trienal de prestaciones sociales causadas con anterioridad al 30 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta la petición que elevó el actor el día 30 de septiembre de 2013.

### **4. RECURSOS DE APELACIÓN.**

#### **4.1 Parte demandante<sup>5</sup>.**

Solicitó confirmar en lo favorable la sentencia apelada y revocar lo relativo a la prescripción decretada, solicitando en su lugar que no se limiten las consecuencias del fallo en el tiempo por estar ajustadas a derecho y enmarcarse en un ámbito de razonabilidad.

Para sustentar su pedido manifestó que la figura de la prescripción, según la diversa jurisprudencia del Consejo de Estado, no aplica sobre las cesantías, pues si bien la entidad se suprimió, sus funcionarios fueron incorporados en otras entidades públicas, como es el caso del actor, pues lo que en realidad se originó fue una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral, y dicha prestación sólo prescribe a partir de la finalización de dicho vínculo.

<sup>4</sup> FIs. 303-319.

<sup>5</sup> Fl. 321-326.



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

#### **4.2 Parte demandada-FIDUPREVISORA S.A<sup>6</sup>.**

Señala que la sentencia de primera instancia adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la Prima de Riesgo no constituye factor salarial.

Enfatiza que el A quo tomó como precedente aplicable un fallo del H Consejo de Estado que no resulta aplicable al presente caso, pues en él se indicó que la Prima de Riesgo es factor salarial sólo para efectos pensionales, y sin embargo, la hizo extensiva como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

Señaló que el legislador fue claro al excluir la prima de riesgo como factor salarial, no pudiendo el fallador otorgar incidencia a tal prima para efectos de la de liquidación de las prestaciones sociales solicitadas por el actor.

Recalcó que, no es la entidad que debe intervenir como sucesora procesal del extinto DAS, pues quien debe ostentar tal calidad, es la entidad donde fue incorporado el actor, esto es, la Fiscalía General de la Nación, como sustitución patronal, siendo ésta la entidad que debe asumir las demandas laborales que se presentan a partir del momento de la incorporación.

#### **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 2 de noviembre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo. (Fl. 350).

#### **6. ALEGACIONES**

##### **6.1 Parte demandante**

Mediante escrito visible a folios 354-361, reiteró los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

##### **6.2 Parte demandada-Fiduprevisora.**

Mediante escrito visible a folios 362-370, reiteró los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

##### **6.3 Parte demandada-Fiscalía General de la Nación.**

Solicita se confirmada en su integridad el fallo de primera instancia (Fl. 371-382), pues acertadamente lo indicó el A quo, la entidad responsable en calidad de

<sup>6</sup> Fl. 327-339.



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

sucesora procesal del DAS, es la Fiduprevisora S.A, como vocera del PAP-Fiduprevisora S.A.

## **7. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público no rindió concepto.

## **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. Así mismo, en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, por lo que 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 las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

### **2. Problemas Jurídicos**

Atendiendo la impugnación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos, se concretan en los siguientes cuestionamientos:

*¿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?*

*¿Cuál es la entidad responsable en calidad de sucesor procesal del extinto DAS, y en consecuencia la responsable de la eventual condena que se emitiere en el presente proceso?*

*¿Operó en el caso concreto la prescripción?*

### **3. Tesis del Tribunal**

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



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

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 cuánto 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. Siendo la Fiduprevisora S.A., la entidad que debe responder por los procesos judiciales, pago de sentencias, y las reclamaciones administrativas y/o laborales en las cuales sea parte o destinatario del extinto DAS y/o su Fondo Rotatorio.

Sin embargo, se REVOCARÁ el numeral PRIMERO porque en el caso concreto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, y se MODIFICARÁ los numerales TERCERO y SEXTO para corregir que el restablecimiento del derecho debe efectuarse desde la fecha en que el actor demostró en el plenario empezar a percibir las prima de riesgo, ello atendiendo a que no ha operado en el caso concreto el fenómeno jurídico de la prescripción.

**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".

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 recalcó 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 de 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.





Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

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 Monsalve<sup>7</sup>, 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 Corporación<sup>8</sup>, 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 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.”*  
(…)

<sup>7</sup>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

<sup>8</sup> Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.





Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

*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*<sup>9</sup>, 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 1991<sup>10</sup> 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

<sup>9</sup>Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>10</sup> "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: 13001-33-33-004-2014-00082-01**

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 Riesgo<sup>11</sup>.”*

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.”

Ahora, si bien es cierto que en la citada sentencia del 1º de agosto de 2013, se estableció que la prima de riesgo constituía factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación de algunos funcionarios del extinto DAS, no es menos cierto que, en aludido fallo se reconoce que dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca (se percibe en forma habitual y periódica por el trabajador), y en ese sentido, no existe justificación alguna para que no sea tenida en cuenta factor salarial para efectos prestacionales de todo orden, dado que es remunerada mes a mes, siendo tal criterio ajustado los principios de equidad, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad del trabajador.

## **5. El caso concreto.**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

5.1.1 El señor JAVIER CABARCAS ANGULO, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en proceso de supresión en el período comprendido desde el 1º de mayo de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2011 como AUXILIAR DE SERVICIOS 325-02 en la Seccional Bolívar (Folio 25)

5.1.2 Mediante escrito radicado el 30 de septiembre de 2013, el señor JAVIER CABARCAS ANGULO, 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, cómo factor salarial para todos los efectos legales, y que como consecuencia de ello

<sup>11</sup> Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.





Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

se ordenara el reajuste y pago de las prestaciones causadas con su inclusión. (Folios 18-19)

5.1.3 Por medio de oficio N° E-2310,18-201317508 de fecha 4 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 20-21).

5.1.4 En planillas contentivas del reporte de nómina del señor JAVIER CABARCAS ANGULO, se observa el reconocimiento y pago mensual de la prima de riesgo, relacionada desde el mes de enero de 2007 y hasta 30 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual. (Folios 29-32 y 207-211).

## **5.2 Del análisis 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 excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y dispuso la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No E-2310-18-201317508 de 4 de octubre de 2014.

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.

En esa medida, y como en el expediente se probó que el actor JAVIER CABARCAS ANGULO laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 1° de mayo de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2011 como **AUXILIAR DE SERVICIOS 325-02** en la Seccional Bolívar (Folio 25) y demostró empezar a devengar la prima de riesgo desde el mes de enero de 2007, en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual,



**Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01**

(Folios 29-32 y 207-2011), no resulta ajustado a los Tratados Internacionales<sup>12</sup> y a la Constitución Política<sup>13</sup> 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.

De 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 solo 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.

En cuanto a la prescripción de las prestaciones sociales, la Sala revocará el numeral CUARTO en tanto dispuso tener por prescritas las sumas causadas con anterioridad al 30 de septiembre de 2010, porque en el caso concreto no operó este fenómeno jurídico.

Lo anterior, porque teniendo en cuenta que por medio de la sentencia de primera instancia se ordenó la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que le niega el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, la sentencia

<sup>12</sup> 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..."

<sup>13</sup> 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: 13001-33-33-004-2014-00082-01

tiene 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. Además, el H. Consejo de Estado, sólo a partir de la sentencia del **1º de agosto de 2013**, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), fue que unificó su criterio respecto de que la prima de riesgo tiene el carácter de factor salarial para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen del extinto DAS, y dedujo su carácter salarial para la liquidación de prestaciones sociales.

Tampoco puede pasarse por alto que el reclamo debe realizarse por el interesado dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales como lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, es decir, tres (3) años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Para establecer el punto de partida para la exigibilidad del Derecho, la Sala tendrá en cuenta el momento en que el actor se retiró del DAS – **31 de diciembre de 2011** para ser recepcionado por la Fiscalía General de la Nación, que fue la fecha en que conoció la liquidación definitiva de sus prestaciones efectuada por el DAS, como lo informó en el hecho 15 de la demanda, de tal manera que como presentó la solicitud del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial el día **30 de septiembre de 2013** (Fl. 18-19), en el caso concreto, no operó el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia de lo anterior, y como quiera que la A quo ordenó que el restablecimiento del derecho tuviera como fecha de partida la de declaratoria de la prescripción, se dispondrá MODIFICAR los numerales TERCERO y QUINTO, de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, tener como fecha del reconocimiento prestacional, aquella en que el actor empezó a devengar la prima de riesgo, lo que está probado ocurrió el 1 de enero de 2007.

Ahora bien, con el fin de establecer la entidad responsable del restablecimiento del derecho ordenado en el presente proceso, debe la Sala hacer el siguiente recuento normativo y de orden procesal:

La demanda de la referencia fue presentada en fecha 10 de febrero de 2014, en contra del Departamento administrativo de Seguridad-DAS-, quien en ese momento estaba en proceso de supresión, siendo admitida la misma mediante auto del 28 de febrero de 2014 (Fl. 37 a 40).

Ante la supresión de la entidad demandada, ordenada mediante Decreto 4057 de 2011 y prorrogada hasta el 26 de junio de 2014 por Decreto 2404 de 2013, el Decreto 1303 de 2014, dispuso en su artículo 7 que: los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y que tengan relación con los servidores públicos del DAS, incorporados ante otras entidades de la Rama Ejecutiva debían ser asumidos por la entidad receptora.

Por lo anterior, y una vez verificado el listado anexo al Decreto 1303 de 2014,



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

en la página número 5º, se advirtió que el proceso de la referencia fue recibido por la Fiscalía General de la Nación, por lo que la A quo tuvo a esta entidad como sucesora procesal del extremo pasivo de la controversia del asunto, tal y como se observa en auto del 17 de octubre de 2014 (Fl. 70 y reverso).

Posteriormente, el Decreto 108 del 22 de enero de 2016, en su artículo 1º dispuso: *ASIGNACIÓN DE PROCESOS*. *Asígnense a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, **con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio**, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento.*"

Ahora bien, la A quo en atención a lo dispuesto en el Decreto 108 del 2016 y las consideraciones expuestas en la providencia del 22 de octubre de 2015 de Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ordena la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en audiencia de pruebas celebrada el 16 de febrero de 2016 (Fl. 141 a 142).

Posteriormente, y luego de ser debidamente notificada, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, solicita la desvinculación procesal y la vinculación con intervención de la Fiduprevisora, en su calidad de vocera del patrimonio autónomo denominado PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto Departamento Administrativo D.A.S (Fl. 190-198).

La Fiduprevisora S.A., contesta la demanda oponiéndose a todas las pretensiones (Fl. 226-241), y trayendo a colación lo dispuesto en los artículos 7 y 9 del Decreto N° 1303 del 11 de julio de 2014, los cuales disponen lo siguiente:

*"Artículo 7. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que un no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones. Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2. del artículo 3 del Decreto Ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.*

*Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora."*

*"Artículo 9. Atención de procesos judiciales posteriores al cierre. Los procesos Judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral y contractual, en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio al cierre de la supresión del DAS, serán notificados a las entidades que hayan asumido las funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal. Si la función no fue asumida por una entidad de*



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

la Rama Ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado."

Ahora bien, el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", señala:

**"ARTÍCULO 238. Atención de procesos judiciales y reclamaciones administrativas del extinto DAS y constitución de fiducia mercantil. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto le y 4057 de 2011 y 7° y 9° del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.**

**Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio,** y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil." (Negrillas nuestras).

En este sentido, entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Fiduciaria la Fiduprevisora, suscribieron contrato de fiducia mercantil N° 6.001-2016 con el siguiente objeto: "**constitución de un patrimonio autónomo para la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y/o su Fondo Rotatorio,** que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezca de autoridad administrativa responsable para su atención, en cumplimiento del artículo 238 de la ley 1753 de 2015 "Plan Nacional de Desarrollo 2014/2018".

Por lo anterior, y como acertadamente lo concluyó la A quo, según lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, en consonancia con el artículo 1 del Decreto 108 del 22 de enero de 2016, la sucesora procesal responsable de la atención de los procesos judiciales en curso del extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, es la Fiduprevisora S.A. como vocera del PAP Fiduprevisora S.A, siendo ésta la entidad quien debe asumir la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, no asistiéndole en ese sentido, razón a la parte demandada recurrente Fiduprevisora S.A., debiendo confirmarse la sentencia en ese aspecto.

#### **6. Condena en costas en segunda instancia.**



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

El artículo 188 del CPACA señala, que "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 turno, el artículo 365 del Código 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, se condenará al pago de costas procesales a la parte demandada, es decir a la FIDUPREVISORA S.A., quien fue vencida en segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones

Ahora bien, atendiendo a que en la Sentencia que ordena la condena en costas, el Juez debe pronunciarse sobre las agencias en derecho las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de la condena en costas, se observará lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual para el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que, en segunda instancia las agencias en derecho se reconocerán hasta por el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso de apelación, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada. En consecuencia, las Agencias en Derecho a cargo de la Fiduprevisora S.A., se tasan en un 3% de las pretensiones de la demanda<sup>14</sup>, valor que corresponde a \$95.428 pesos.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), en sus NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral CUARTO de la Sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, para en su lugar declarar que no operó el fenómeno de la prescripción en el presente caso conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: MODIFICAR** los numerales TERCERO y QUINTO de la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en lo relacionado con la fecha a partir de la cual debe efectuarse el reconocimiento de la prima

<sup>14</sup> Para tal efecto, se tomará en cuenta el valor de la cuantía señalada por el demandante, el cual asciende a la suma de \$3.180.953 (folio 14).



Radicado: 13001-33-33-004-2014-00082-01

de riesgo como factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones del señor JAVIER CABARCAS ANGULO, debiendo tenerse para todos los efectos el 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2011, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**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 fijadas en la parte motiva de la presente providencia en la suma de \$95.428 pesos.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	130013333-007-2015-00059-01
Demandante	JAVIER CABARCAS ANGULO
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-FIDUPREVISORA S.A.
Tema	reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la prima especial de riesgo/Exempleados del DAS
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

