



Cartagena de Indias, D. T. y C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2014-00063-01
Demandante	PEDRO PABLO GONZÁLEZ ESTRADA
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN sucedido procesalmente por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
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 veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se 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 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Detective 07 del Área Operativa de la Seccional Bolívar, con una asignación básica mensual de \$1.162.194.

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 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 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-2310,18-201317515 mediante el cual se negó el reconocimiento solicitado, sin indicarse en el mismo que recursos procedían, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.



1.2. 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-2310,18-201317515, 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 las primas, legales y extralegales, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo; **iii)** que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; **iv)** que se condene en costas a la demandada.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN

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

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127

Decreto 1933 de 1989.

Decreto 4057 de 2011, artículo 7.

Como concepto de la violación, señala que la entidad trasgredió las disposiciones constitucionales y legales citadas, porque la prima de riesgo al ser percibida por el trabajador de manera habitual y periódica tiene la naturaleza de salario, sin importar las denominaciones asignadas por la ley, como lo establecen los artículos 127 del C.S.T modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. Considera que el acto acusado y los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994 desconocen esas normas y los principios de primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y los artículos 53 y 58 de la Carta.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido¹

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

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".

Fls. 56 - 70



3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

Mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2016 el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda. Fundamentó su decisión en la sentencia de unificación de fecha 1 de agosto de 2013 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual la prima de riesgo constituye factor salarial en el tema de pensiones, señalando que aunque nada se dijo sobre el alcance que tiene dicha interpretación, para la liquidación de las prestaciones sociales; podía dársele una aplicación extensiva a lo considerado por esa Corporación, por lo que, la prima de riesgo deberá ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

En ese sentido, concluyó que el actor tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que, la misma fue percibida por él, de manera habitual y periódica, hizo parte de la remuneración directa del servicio y por lo tanto, tiene carácter de factor salarial.

Declaró de oficio la prescripción de la suma anterior al 30 de septiembre de 2010, y en tal virtud dispuso, que la reliquidación de las prestaciones del actor con la inclusión de la prima de riesgo debía efectuarse desde esa fecha.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 PARTE DEMANDANTE³

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena en costas y agencias en derecho. Al respecto, manifestó que, el juzgado de primera instancia profirió condena en costas incluyendo agencias en derecho a la entidad demandada, en un equivalente al 2% de la cuantía estimada de las pretensiones, es decir, \$165.068, tasación que no comparte, por cuanto, las costas se causaron en proporción superior a la establecida por el despacho y la parte demandante debió cubrir todos los gastos requeridos por concepto de notificaciones y correos, además, se efectuó el depósito de los gastos del proceso. Adicionalmente, considera que debe tenerse en cuenta para la fijación de las agencias en derecho, la diligencia y cuidado que ha tenido la parte demandante en la actuación procesal, que se inicia, entre otros, con la reclamación administrativa, el posterior trámite de la conciliación como requisito de procedibilidad y el proceso mismo. Lo anterior, aunado al desplazamiento que tuvo que hacer el apoderado principal y el sustituto, en varias ocasiones, desde las ciudades de Medellín y Montería, hasta el lugar del juzgado en Cartagena.

De igual manera, hace mención a la dignidad de la profesión, que además de la diligencia y cuidado, se sustentó una tesis que salió avante y que pese al poco valor económico del proceso, no llevó a descuido o abandono, por lo tanto, considera que el porcentaje fijado en agencias en derecho no se compadece con las circunstancias expuestas y debe procederse a su reajuste.

² Fl. 297 - 303

³ Fl. 316 - 317



4.2. FIDUPREVISORA S.A.⁴

Solicita que se revoque íntegramente el fallo de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, solicita se desvincule a la Fiduprevisora S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y su Fondo Rotatorio, y de su beneficiaria Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Como motivos de inconformidad con la decisión, plantea en síntesis 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 constituía factor salarial. Además, tomó la determinación que el Consejo de Estado adoptó con referencia a incluir la prima de riesgo como factor salarial para la pensión y la hizo extensiva a las prestaciones sociales.

Señaló que, desde su inicio y a lo largo de todo su desarrollo normativo, la prima de riesgo no ha constituido factor salarial, ya que, la consideración explícita sobre si la prima de riesgo es o no factor salarial, constituye un pronunciamiento y decisión legítima de quien tiene facultad para tomarla (el Presidente de la República) y no desconoce los principios superiores en materia laboral de los trabajadores. En ese sentido, el extinto DAS le pagó al demandante la prima de riesgo como una prestación especial, sin incluirla como factor salarial.

Adicionalmente, precisó que el Consejo de Estado ha sostenido acerca de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, que solamente debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión, tal como lo afirmó la A quo. Por lo tanto, si el legislador estableció dicha prestación indicando expresamente que no constituye factor salarial, al no comprometer dicha expresión legislativa los derechos mínimos e irrenunciables establecidos en la Constitución Política (art. 53), no puede el fallador otorgarle incidencia en la liquidación de las prestaciones del demandante, contraviniendo la disposición restrictiva.

Concluyó que, la prima de riesgo reconocida en el ordenamiento, efectivamente, es un ingreso laboral, pero no es un ingreso recibido por el trabajador como contraprestación directa del servicio, sino que la misma ha sido determinada como una retribución por el hecho que el trabajador asuma un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

Finalmente, solicita que se desvincule a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Fiduprevisora S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y su Fondo Rotatorio, como demandadas en este caso por indebida representación, argumentando que, quien debe asumir la representación y la sucesión procesal del DAS es la entidad donde fue incorporado el actor, es decir, la Fiscalía General de la Nación, que en virtud de la sustitución patronal debe asumir las demandas laborales que se presenten a partir del momento de la incorporación; sin que en su criterio sea dable traer a

⁴ Fl. 318 - 331



Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

colación la providencia de la Consejo de Estado – Sección Tercera del 22 de octubre de 2015, porque se trata de una acción de reparación directa y no toca el tema laboral.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 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, respectivamente⁵.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1 Parte demandante⁶

Solicitó que se confirme en lo favorable la sentencia apelada y se revoque lo relativo a la condena en costas. Al respecto, solicitó que se tenga en cuenta la imposición objetiva de costas conforme lo adoctrinado por el Consejo de Estado, para lo cual cita un pronunciamiento de la Sección Segunda, Subsección A.

6.2 Parte demandada.

6.2.1 PAP Fiduprevisora S.A.⁷

Señaló que, la normatividad que ha regulado situación de la parte accionante es uniforme al considerar expresamente que la prima de riesgo no es factor salarial (decreto 1933 de 1989, art 4; Decreto 132 de 1995; Decreto 1137 de 1994; Decreto 2646 de 1994, art. 4) por lo tanto, mal podría dársele un sentido distinto, so pena de la protección de unos derecho que no tenían sustento legal y porque, se fundamentó en un precedente judicial no vinculante emanado del Consejo de Estado, en la medida que, el mismo es aplicable a la reliquidación pensional, tema distinto al debatido en este proceso, ya que, este caso gira en torno al reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial y su incidencia en la reliquidación de prestaciones sociales. En ese sentido, solicita se tenga en cuenta la última jurisprudencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Adicionalmente, reitera su solicitud de desvinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Fiduprevisora S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y su Fondo Rotatorio, como demandadas en este caso por indebida representación, argumentando que, quien debe asumir la representación y la sucesión procesal del DAS es la entidad donde fue incorporado el actor, es decir, la Fiscalía General de la Nación, que en virtud de la sustitución patronal debe asumir las demandas laborales que se presenten a partir del momento de la incorporación; sin que en su criterio sea dable traer a colación la providencia de la Consejo de Estado – Sección Tercera del 22 de octubre de 2015, porque se trata de una acción de reparación directa y no toca el tema laboral.

⁵ Fl. 345 - 346

⁶ Folio 359

⁷ Folios 349 – 358.



6.3. Concepto del Ministerio Público⁸

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:

¿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

⁸ Folios 360 - 362

Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

de jubilación del personal a que se refieren los Decretos 1137 de 1994 y 2646 de 1994 del extinto Departamento Administrativo de Seguridad-DAS?

Adicionalmente, y en caso que se resuelva favorablemente el anterior problema jurídico, deberá establecer la Sala en virtud de las normas que regularon lo concerniente a la sucesión procesal del DAS, *¿cuál es la entidad encargada de asumir la condena en este caso?*

3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ 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. Adicionalmente, coincide la Sala con la A quo, en cuanto a que la entidad que debe asumir la condena impuesta en este caso, es el Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora, Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y su Fondo Rotatorio.

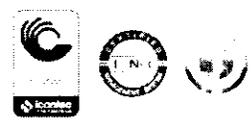
Finalmente, se confirmará lo concerniente a la inclusión de las agencias en derecho en el monto fijado por la A quo, por cuanto, la oportunidad para controvertir el mismo es mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas y no en el recurso de apelación contra la sentencia.

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**.





Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

El Decreto 2646 de 1994, dispuso su pago a los funcionarios del DAS no señalados en el Decreto anterior, señalando igualmente que no constituía factor salarial.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, aplicando el principio de favorabilidad laboral, ha venido precisando que la prima de riesgo sí constituye factor salarial, en la medida en que es una suma que percibe el trabajador de manera **habitual y periódica** lo que la convierte en factor que integra el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en sus prestaciones como la pensión de jubilación.

En efecto, en la sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda proferida el 1 de agosto de 2013 con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve⁹, se dispuso que la prima de riesgo sí corresponde a un factor salarial. En la providencia se analizó el caso de un funcionario del DAS y se señaló:

"Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, sostuvo:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre 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."

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, 1 de agosto de 2013, Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Actor: Héctor Enrique Duque Blanco

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



Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

(...)

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

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

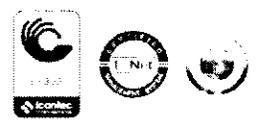
Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646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

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

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹² estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

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 Riesgo*¹³."

¹¹ Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
¹² "Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)."
¹³ Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.





Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS."

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

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

5. EL CASO CONCRETO

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1 El señor PEDRO PABLO GONZÁLEZ ESTRADA laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en proceso de supresión en el período comprendido desde el 23 de octubre de 2001, hasta el 31 de diciembre de 2011 como DETECTIVE 208- 07 en la seccional Bolívar (Folio 26).

5.1.2 Mediante escrito radicado el 30 de septiembre de 2013, el señor PEDRO PABLO GONZÁLEZ ESTRADA 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-2310,18-201317515 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

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



Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

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 PEDRO PABLO GONZÁLEZ ESTRADA, 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 33 - 36).

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-2310,18-201317515 de fecha 4 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.

En esa medida, y como en el expediente se probó que el actor PEDRO PABLO GONZÁLEZ ESTRADA laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, desde el 23 de octubre de 2001, hasta el 31 de diciembre de 2011 como **DETECTIVE 208-07** en la Seccional Bolívar (Folio 26) 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 33 - 36), no resulta





Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

ajustado a los Tratados Internacionales¹⁵ y a la Constitución Política¹⁶ que esa prima no se tenga en cuenta como factor salarial que sirva para liquidar todas sus prestaciones sociales, pues se desconocerían los principios de primacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad laboral.

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.

5.2.1. De la entidad que deberá asumir la condena impuesta

En los términos del artículo 1 del Decreto 108 de 2016, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto DAS, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento, como sucedió en este caso, deberán asignarse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que sean pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, esto es, el Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora, Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- y su Fondo Rotatorio. En ese sentido, no le asiste razón a esta última entidad cuando en su recurso de apelación y en el escrito de alegatos solicita que no se desvincule a la Fiscalía dentro de este proceso, pues conforme la normatividad citada y los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado al

¹⁵ Entre otros, el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

“El término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

En Sentencia C-401 de 2015, la Corte Constitucional respecto a lo anterior, señaló:

“Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho...”

¹⁶ Vulneración de los artículos 53 (inciso cuatro) y 93 de la Constitución, porque conforme a estas normas Superiores, los convenios internacionales del trabajo que han sido ratificados por Colombia “no son simples normas de aplicación supletoria sino de aplicación directa por parte de todas las autoridades y los jueces de la República.





Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

respecto, resulta claro que la entidad llamada a suceder procesalmente al DAS en los procesos judiciales que en principio fueron entregados a la Fiscalía, es a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado como lo dispuso el mismo gobierno nacional en el decreto antes citado, y deberán ser pagados con cargo al referido patrimonio autónomo.

5.2.12. De la condena en costas en primera instancia

La parte demandante en su escrito de alegatos manifestó su inconformidad con la decisión de primera instancia, en lo que tiene que ver con la condena en costas en primera instancia y la inclusión de las agencias en derecho en un porcentaje del 2% de las pretensiones.

Para resolver este punto, la Sala tendrá en cuenta el artículo 188 del CPACA, según el cual "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral 1 dispone que "**se condenará en costas** a la parte vencida en el proceso". Por su parte, el artículo 366 sobre la liquidación de costas y agencias en derecho, dispone:

"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. **Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso** o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. **El secretario hará la liquidación** y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.
2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso" (Resaltado de la Sala).





Radicado 13001-33-33-012-2014-00063-01

Teniendo en cuenta que, según la norma citada el monto de las agencias en derecho solamente puede cuestionarse por vía del recurso de reposición y de apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, la Sala se abstendrá de pronunciarse en esta oportunidad frente a los cuestionamientos del recurrente en torno a este punto y confirmará la sentencia apelada en ese aspecto.

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión adoptada por la A quo, en lo concerniente a la condena en costas e inclusión de las agencias en derecho.

7. Condena en Costas en segunda instancia

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.** En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por el juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

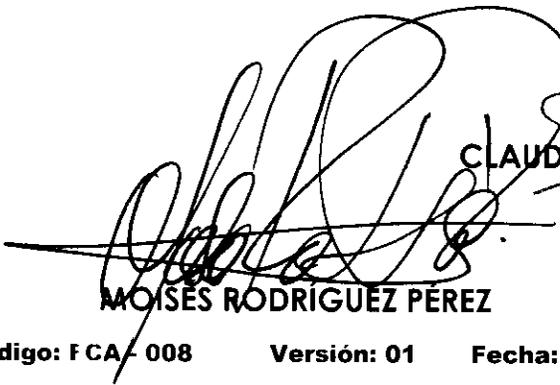
SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales de segunda instancia según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS,



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

