



13-001-33-31-004-2014-00079-01

Cartagena de Indias D. T. y C, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-31-004-2014-00079-01
Demandante	JAQUELINA DEL CARMEN LUNA CLEMENTE
Demandado	NACIÓN – EXTINTO D.A.S. - DEFENSA CIVIL COLOMBIANA.
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	<i>Prima de riesgo y factores salariales de los trabajadores del extinto D.A.S.</i>

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia de fecha diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto (04) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2. LA DEMANDA

2.1. Pretensiones (Fls. 3 -4)

Se pretende la inaplicación del artículo 4º del Decreto N° 2646 de 1994, y en su defecto materializar los principios Constitucionales de favorabilidad y de irrenunciabilidad* de los derechos, determinando como factor salarial la prima de riesgo pagada a los empleados del antiguo D.A.S., y como consecuencia de lo anterior declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° E-2310,18-201318501, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la mencionada prima.

Además de ello solicita a título de restablecimiento del derecho que se pague debidamente indexada la reliquidación de todas las primas legales, extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro, aunado a los aportes a la seguridad social re liquidados todos con el salario realmente devengado en el que se quede integrada la prima de riesgo.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

2.2. Hechos (Fls. 1 – 3)

Se resumen así:

El apoderado de la parte demandante, asegura que su representado laboró para el extinto DAS, desde el 19 de marzo de 2001 hasta el 31 de julio de 2013, en el cargo de auxiliar 02 del área administrativa de la Seccional Bolívar, de la ciudad de Cartagena de Indias, percibiendo dentro de sus pagos mensuales el pago de la prima de riesgo, la cual en razón de su cargo correspondía a un 15% de sus asignación mensual.

Así mismo afirma que mediante reclamación administrativa dirigida al D.A.S. en supresión, solicitó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, para todos los efectos legales, y en consecuencia de lo anterior se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causaren a futuro, ante lo cual respondió la entidad accionada, mediante el acto administrativo N° E-2310,18-201318501, negando lo solicitado, sin indicar que tipo de recursos procedían contra tal Resolución.

2.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: Artículo 53 que incluye principios de primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad e irrenunciabilidad.
- 2) Fuente Jurisprudencial: Cita varias jurisprudencias referente al reconocimiento de la "Prima de riesgos", entre ellas la Sentencia de Unificación de fecha 1º de agosto de dos mil trece 2013, emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda.

2.4. Concepto de violación.

En el presente caso, de acuerdo a lo expresado por el apoderado de la parte demandante, la vulneración normativa radica en que el extinto D.A.S. al negar a la señora JAQUELINA DEL CARMEN LUNA CLEMENTE la solicitud de reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, desconoce e infringe los principios Constitucionales a la primacía de la realidad, favorabilidad e irrenunciabilidad, contemplados en el artículo 53 de la Constitución Política, además del precedente jurisprudencial establecido por



13-001-33-31-004-2014-00079-01

el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación jurisprudencial de 1 de agosto de 2013.

3. LA CONTESTACIÓN

3.1. Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en supresión, (Fls. 50 - 62)

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en supresión, realiza un recuento de las normas y jurisprudencias donde se establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial, interponiendo las siguientes excepciones:

- Inepta demanda por inexistencia de acto administrativo.
- Caducidad de la acción.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Innominadas

3.2. Defensa Civil (Fls.175 - 177)

La apoderada de la Defensa Civil Colombiana, se opone a todas las pretensiones de la demanda, solicitando a grandes rangos que se declare improcedente la solicitud consistente en "Decretar la inaplicabilidad del Decreto 2646 DE 1994" donde se sostiene que la prima de riesgo no constituye salario, además de ello interpone como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, aduciendo que el acto acusado no fue expedido por la Defensa Civil sino por el DAS, por tanto ellos no tienen por qué responder por tal hecho.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 267 - 280)

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en sentencia de fecha diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, así como la nulidad del acto administrativo que negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, y por ende ordenar a la defensa civil la reliquidación de la pensión con base en los factores salariales solicitados por el demandante.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

Sin embargo, declaró probada la excepción de prescripción interpuesta por la parte demandada, sentenciando que las sumas que podrían generarse en favor de la actora con anterioridad al 10 de noviembre de 2010, en virtud de la reliquidación ordenada, se encontraban prescritas.

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. De la parte demandante (Fls. 282 - 285)

La parte demandante en el recurso de apelación reprocha la decisión del A – quo de declarar la prescripción sobre las sumas que podrían generarse en favor de la actora, con anterioridad al año 2010, afirmando que no es de recibo, en tanto que la prescripción no puede recaer sobre el concepto de cesantías, dado los pronunciamientos recientes del Consejo de Estado, donde se indica que el auxilio de cesantías es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es que el trabajador sólo puede disponer libremente de la misma, sólo hasta tanto haya terminado el contrato de trabajo que lo liga a su empleador, por lo que el término prescriptivo debe iniciarse a la terminación del vínculo laboral.

Por tanto, a los ex funcionarios del extinto DAS no aplica la prescripción sobre las cesantías, pues al ser suprimida la entidad, los empleados fueron incorporados a otras entidades públicas, siendo que a la fecha el actor aún continúa vinculado a dicho ente receptor, presentándose entonces una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral, por lo que el empleado se encuentra imposibilitado de disponer de las cesantías causadas a la fecha.

5.2. De la parte demandada (Fls.294 – 298)

La apoderada de la parte demandada DEFENSA CIVIL COLOMBIANA difiere de la sentencia de la primera instancia, asegurando que en el caso sub examine no tiene legitimación en la causa por pasiva, pues actúa dentro del presente proceso como sucesora procesal ante la liquidación y supresión del empleador inicial y sobre quien recaían las obligaciones prestacionales, teniendo en cuenta que la DEFENSA CIVIL COLOMBIANA para el momento de la expedición del acto administrativo demandado no le asistía competencia o interés alguno para pronunciarse respecto del mismo o siquiera para conocer de él, por tanto esta entidad de conformidad con lo expresado en el artículo 7° del Decreto 1303 de 2014, se exonera de cualquier responsabilidad



13-001-33-31-004-2014-00079-01

respecto de los actos del empleador original y más aún si estos afectan de manera sustancial su patrimonio.

Con respecto a la prima de riesgo afirma, que la misma no existe para los servidores públicos de la entidad, por lo tanto estaría incurriendo en pago de lo no debido.

Finalmente expresa que el A – que incurrió en una interpretación errónea de las sentencias del Consejo de Estado que unificaron el criterio respecto de la prima de riesgo, de los servidores públicos del extinto DAS, donde se indicó que tal prestación es un factor salarial pero sólo para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, o vejez de los cobijados por el régimen de transición para unos cargos específicos, dado que es una retribución directa y constante a los detectives, criminalistas y conductores, debido a las características especiales de su labor, por tanto al no ocupar la demandante ninguno de los anteriores cargos, no se le debe reconocer tal factor.

6. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto N° 577/2016 de fecha 26 de octubre de dos mil dieciséis (2016), se admitieron los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandado, dentro del presente asunto (Fl. 407) y mediante auto N° 75/2017 de fecha 6 de febrero de dos mil diecisiete (2017), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

7. ALEGACIONES

7.1. La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión (Fls. 413 - 417)

7.2. La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (Fls. 424 - 430)

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto sobre el asunto.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo,



13-001-33-31-004-2014-00079-01

conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Con fundamento en lo mencionado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la capacidad de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional, que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

***“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*”**

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y



13-001-33-31-004-2014-00079-01

argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que opera tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

4.3. Problema jurídico.

La presente decisión se enmarcará en el desarrollo de las siguientes preguntas problemáticas:

¿Se debe revocar la sentencia de la primera instancia, y por tanto excluir de la reliquidación pensional de la demandante la prima de riesgo, la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, e intereses de cesantías, subsidio de alimentación y auxilio de transporte, factores salariales reconocidos como tal por el A – quo?

¿Debe asumir la responsabilidad de la condena impuesta la Defensa Civil Colombiana como entidad sucesora del extinto DAS?

4.4. Tesis

La Sala confirmará la decisión de la primera instancia, pues considera que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 4º de la Constitución Política y lo dicho por vía jurisprudencial por el Consejo de Estado, que impulsa la prevalencia de los principios de primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de los derechos, es procedente inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, y por ende determinar como factor salarial la prima de riesgo y los demás emolumentos solicitados, siendo procedente su reliquidación. Sin embargo, se modificará el numeral tercero de la sentencia, pues de acuerdo a la corriente jurisprudencial del Consejo de Estado la prescripción no puede comprender las cesantías; debido a que por la naturaleza de dicha prestación, el término prescriptivo respecto de ella se inicia a partir de la terminación del vínculo laboral.

4.5. Marco Normativo y Jurisprudencial



13-001-33-31-004-2014-00079-01

DE LA PRIMA DE RIESGO Y SU RECONOCIMIENTO COMO FACTOR SALARIAL

Los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) gozaban del pago periódico y habitual de una contraprestación, correspondiente a un determinado porcentaje de salario, en razón a las actividades de riesgo que manejaba dicha entidad en el desarrollo de sus funciones, dicha prestación se denominó prima de riesgo, y fue implementada inicialmente por el Decreto N° 1933 de 1989, siendo también regulada por los Decretos N° 132 del 17 de enero de 1994 y N° 1137 de 1994, así como por el Decreto 2646 de 1994, el cual efectuó una degradación del porcentaje a pagar en la prima de acuerdo al cargo de los servidores públicos, tal y como se ilustra en el siguiente recuadro:

DECRETO 2646 DE 1994	
Cargo al interior del DAS	Porcentaje a pagar por concepto de prima de riesgo
<ul style="list-style-type: none"> • Detective especializado • Detective profesional • Detective agente • Criminalístico especializado • Criminalístico profesional • Criminalístico técnico • Conductores 	35% de asignación básica mensual.
<ul style="list-style-type: none"> • Los empleados del área operativa • Directores generales de inteligencia e investigación • Directores de protección de extranjería • Jefe de la oficina de interpol • Directores y Subdirectores seccionales • Jefes de división y unidad que desempeñan funciones operativas y delegadas ante el Comité Permanente. 	30% de la asignación mensual.
<ul style="list-style-type: none"> • Empleados de la Dirección superior y administrativa no mencionados anteriormente. 	15% de la asignación básica



13-001-33-31-004-2014-00079-01

En ese mismo sentido, en el precitado Decreto se hace énfasis en el carácter excluyente de la prima de riesgo, cuando converge con la prima de orden público, **así como de la naturaleza no salarial de la prestación** bajo estudio, tesis que fue adoptada en una primera instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado, siendo luego reemplazada por una interpretación ajustada al criterio de la mayoría de la Sala de sección, determinando entonces que desde una aplicación del principio de favorabilidad a las normas que regulan los factores salariales que se tendrán en cuenta al promediar el IBL pensional, si se debe asumir como factor salarial la prima de riesgo.

Es por ello que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en una afortunada reflexión, a partir de dos enfoques, el primero de orden Constitucional donde analiza lo estimado por la Constituyente Colombiana en su artículo N° 53, puntualmente en lo referente al principio de primacía de la realidad que indica lo siguiente:

*"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. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" (Negrillas fuera de texto).*

En concordancia con el concepto de salario manejado por dicha Corte así:

"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".

Concluyó y unificó criterios en cuanto al tema, dejando por sentado que si debe ser tenida en cuenta como factor salarial, la prima de riesgo, toda vez que tal reconocimiento, va en sintonía con la plataforma de valores y principios Constitucionales que soportan la actividad laboral de los trabajadores colombianos, en la medida en que se materializa la igualdad, la garantía a una remuneración mínima vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, el incluir en el cálculo de la contraprestación económica que acompañará al trabajador en la época en que éste ha perdido su fuerza y capacidad para trabajar, como es la vejez, una prestación que el mismo devengó durante su vida productiva.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

Por ende, en ejercicio de un segundo enfoque reflexivo desde una mirada legal, el Consejo de Estado observó el tenor literal de las dos primeros Decretos que regularon la prima de servicio así:

"Decreto 1933 de 1989

ARTÍCULO 4o. PRIMA DE RIESGO. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de 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 antiexplosivos, tendrán derecho **a percibir mensualmente** una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica. Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público.

Decreto 1137 de 1994

Artículo 1º Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los 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, tendrán derecho **a percibir mensualmente** una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

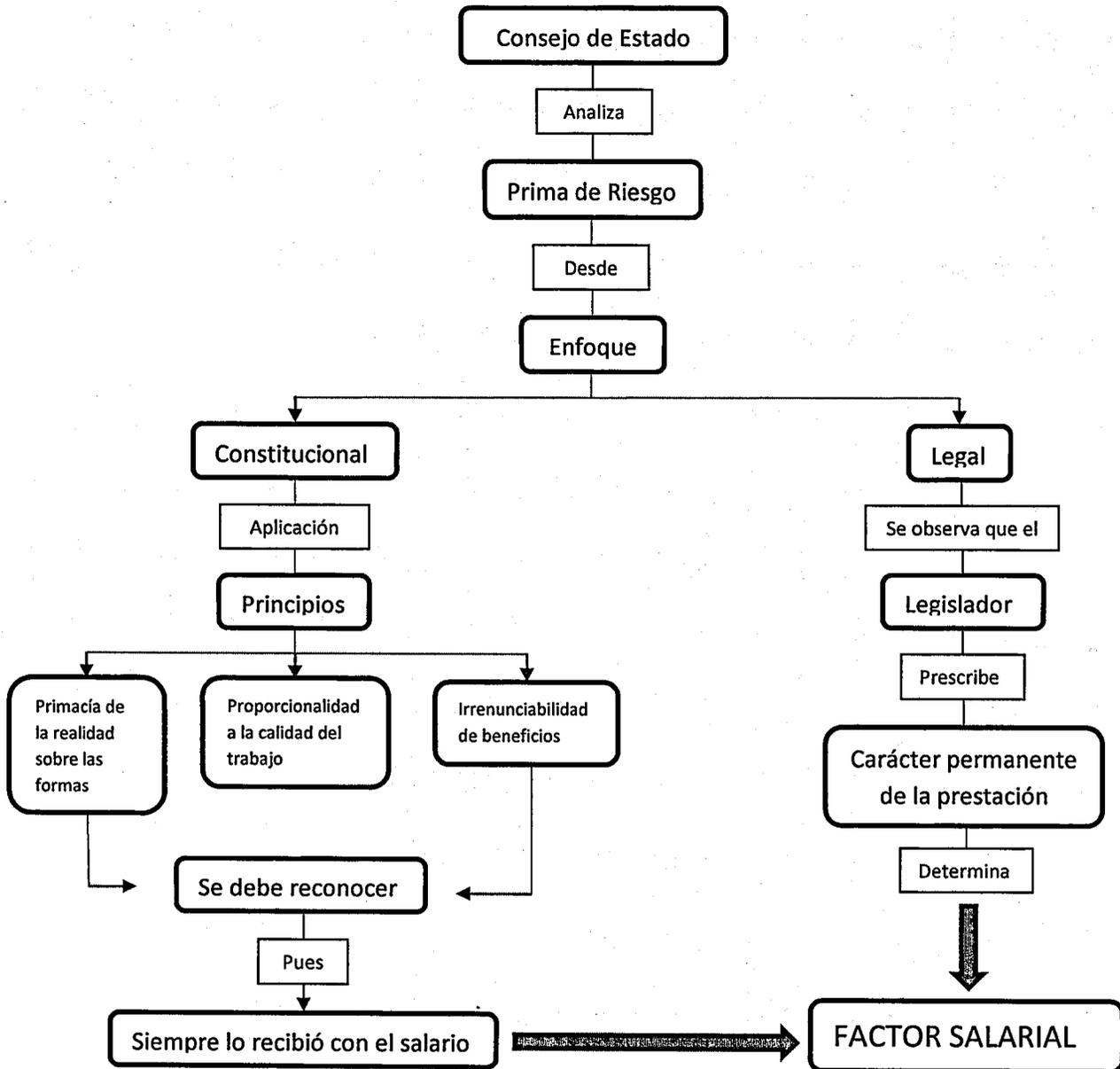
Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994 (Negrillas fuera de texto).

Encontrando que en todos dos se deja claro el carácter mensual de dicha prima, siendo que en el Decreto 2646 de 1994 se va mucho más allá al determinar en cada artículo regulador de la prima en cuestión, la expresión: "derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente", lo que permitió deducir, que tal carácter permanente se alinea a la contraprestación recibida por concepto de salario, en retribución a la actividad personal realizada por un empleado del extinto DAS, lo que indica que aunque el legislador lo excluya de la naturaleza de factor salarial, es el mismo legislador el que le otorga las propiedades y características de un emolumento salarial.

Es así, como nuestro Alto Tribunal ha dejado por sentado el carácter salarial de la prima de riesgo de los trabajadores del extinto DAS, tesis que se condensa en el siguiente mapa conceptual:



13-001-33-31-004-2014-00079-01



DEL PAGO DE LOS PROCESOS Y SENTENCIAS JUDICIALES EN QUE SEA PARTE EL EXTINTO DAS A CARGO DE LA DEFENSA CIVIL COLOMBIANA

Teniendo en cuenta que el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS entró en un proceso de supresión y sus funciones fueron transferidas a distintas entidades de orden público, se efectuó también una sucesión de la representación judicial de dicha entidad, en otras autoridades de orden Estatal. Sin embargo, la mencionada sucesión no fue inmediata sino paulatina, de acuerdo a la expedición de las siguientes normas y pronunciamientos jurisprudenciales:





13-001-33-31-004-2014-00079-01

- **Decreto 4057 de 2011.**

En esta norma, puntualmente en el artículo 18, se reglamenta la representación judicial del DAS en supresión de tres formas específicas así:

a). Se instituye una condición temporal que determina la legitimidad en la causa por pasiva al momento de terminación de la supresión del DAS, dejando por sentado que hasta este momento (culminación de la supresión), debía comparecer el DAS **de forma directa** ante los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que fuera parte la referida entidad o su FONDO ROTATORIO.

b). *Otra condición temporal establece que al cierre de la supresión del DAS, asumía la representación judicial de los procesos en los cuales fuera parte dicha entidad replazándolo procesalmente, las entidades de la rama ejecutiva que asuman las funciones que antes se encontraban en cabeza del DAS, en coherencia con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.*

c). Una última condición de índole funcional fija el remplazo de la representación judicial del DAS, en la entidad que acuerde el Gobierno Nacional, si el proceso judicial en que sea parte la entidad se origine con ocasión de los sujetos o el objeto de una función del DAS, otorgada a una autoridad que no haga parte de la Rama Ejecutiva del poder.

Es así, como en la presente norma se dan las primeras asignaciones de los procesos manejados por el DAS, la cual sería reglamentada posteriormente por el Decreto 1303 de 2014.

- **Decreto 1303 de 2014**

Por medio del citado Decreto se reglamenta el anterior Decreto N° 4057 de 2011, y se define en consonancia con el inciso quinto de su parte considerativa, las entidades encargadas de recibir los procesos judiciales en los que era parte el DAS; es así como en el artículo 7 se organiza la recepción de los procesos en el siguiente orden:

a). En el inciso primero del estudiado artículo se plantea con carácter funcional la entrega de la custodia de los procesos judiciales a determinadas entidades



13-001-33-31-004-2014-00079-01

que asumieron las funciones antes ejercidas por el DAS, mencionándolas de forma expresa.

Por consiguiente, en una interpretación sistemática con el Decreto 4057 de 2011 y el Decreto 643 de 2004 se efectúa el siguiente esquema que amplía la asignación de los procesos de acuerdo con la función que toma la entidad.

Entidades que asumen procesos judiciales del DAS de acuerdo a las funciones que se le asigna.			
Entidad que asume procesos judiciales	Función	Norma que establece la función	Norma que determina la asignación de funciones
Migración Colombia	Ejercer el control migratorio o de nacionales y extranjeros y llevar el registro de identificación de extranjeros.	Numeral 10, del artículo 2° del Decreto 643 de 2004.	Numeral 3.1 del artículo 3° del Capítulo I del Decreto 4057 de 2011.
Dirección Nacional de Protección	Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal. Así como las establecidas en el Decreto 1700 de 2010.	Numeral 14, del artículo 2° del Decreto 643 de 2004.	Numeral 3.4 del artículo 3° del Capítulo I del Decreto 4057 de 2011.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

<p>Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional</p>	<p>Llevar los registros de delictivos y de identificación nacionales, y expedir los certificados judiciales con base en el canje interno y en los informes de avisos que deben rendir oportunamente las autoridades judiciales de la República.</p>	<p>Numeral 12, del artículo 2° del Decreto 643 de 2004.</p>	<p>Numeral 3.3 del artículo 3° del Capítulo I del Decreto 4057 de 2011.</p>
<p>Fiscalía General de la Nación</p>	<p>Ejercer funciones de Policía Judicial, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, para investigaciones de carácter criminal, relacionadas con la naturaleza y finalidad institucionales.</p>	<p>Numeral 11, del artículo 2° del Decreto 643 de 2004.</p>	<p>Numeral 3.2 del artículo 3° del Capítulo I del Decreto 4057 de 2011.</p>

b). En el inciso segundo del artículo 7° se desarrolla un factor subjetivo de la asignación de los procesos judiciales, asignando a las entidades de la Rama Ejecutiva en las que se incorporaron servidores públicos del DAS, los procesos adelantados con ocasión de dicho personal (Negrillas de la Sala)

De éste último punto se infiere, siguiendo a renglón literal lo expuesto por el precitado Decreto, que los procesos judiciales comenzados con ocasión del actuar o iniciativa de los servidores públicos pertenecientes al extinto DAS, y que hayan sido incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, deberán ser asumidos por la entidad receptora. Ello indica que para que los procesos judiciales sean adjudicados a la autoridad que recibe al personal del extinto DAS, deben cumplirse los siguientes dos requisitos:

a). Que los procesos judiciales relacionen en su desarrollo al personal suministrado del antiguo DAS.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

b). Que la entidad pública que incorpore al personal relacionado con el litigio judicial, haga parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

En ese mismo sentido, el Decreto bajo estudio en sus artículos 8º y 9º dispone lo siguiente:

"Artículo 8º. Pago de sentencias judiciales: El pago de las sentencias judiciales que se encuentren debidamente ejecutoriadas al cierre del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, lo efectuará la entidad a la cual le haya correspondido el proceso judicial, de acuerdo con lo señalado en el presente Decreto, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le proveerá los recursos presupuestales que sean necesarios.

Artículo 9º. 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 la Rama Ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado".

Corolario de lo anterior es posible establecer, que las condenas impuestas a las entidades de la Rama Ejecutiva que incluyeron en su planta de personal a los servidores públicos pertenecientes al extinto DAS, deben ser sufragadas por dichas entidades, para lo cual éstas deben requerir los recursos pertinentes al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este orden de ideas, al contrastar lo predicho, lo cual ha sido expuesto por vía legal, con la realidad organizacional de la Defensa Civil Colombiana, encuentra la Sala que la misma mantiene la naturaleza Jurídica contemplada en el proyecto de Ley N° 276 de 2008 del Senado así:

"Artículo 2º. Naturaleza jurídica. La Defensa Civil Colombiana es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional".

De lo que se colige, que al ser la Defensa Civil Colombiana un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, hace parte integrante de la Rama Ejecutiva del poder público, por tanto, se satisface uno de los requisitos que deben cumplirse para que le sean adjudicados los procesos judiciales y deba asumir el pago de las condenas, **si y sólo si resultare vencida al final del proceso**, faltando entonces sólo que se demuestre que el sujeto activo o pasivo del litigio sea uno de los servidores públicos que hayan sido



13-001-33-31-004-2014-00079-01

incorporados a dicha entidad y sean provenientes del extinto DAS, lo cual debe ser analizado y probado a la luz de cada caso concreto.

4.6. CASO CONCRETO

4.6.1. Hechos relevantes probados.

a). Con los formatos sabanas ubicados de folio 25 a 30 del expediente, se acredita que a la señora JAQUELINA DEL CARMEN LUNA CLEMENTE, de los años 2008 a 2013, se le efectuaban pagos continuos por concepto de: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de riesgo.

b). Con el certificado laboral visible a folio 24, se prueba que la señora JAQUELINA DEL CARMEN LUNA CLEMENTE efectivamente desempeñó en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el cargo de auxiliar de servicios 325-02, desde el 20 de marzo de 2001 hasta el 31 de julio de 2013.

c). Con las constancias suscritas por la Subdirectora de Talento Humano del extinto DAS (Fls. 25 – 30), se verifica que la prima de riesgo pagada a la accionante, correspondía al 15% del valor de su salario.

d). Con el certificado de nómina (Fl. 31) se confirma los pagos realizados a la accionante por concepto de cesantías e intereses de cesantías.

4.6.2. Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.

Al analizar los escritos de apelación del caso que hoy nos ocupa, allegados tanto por la parte demandante como demandada, se aprecia que los recurrentes centran su argumentación puntualmente en lo siguiente:

1. La solicitud de negación de las pretensiones de la demanda efectuada por la apoderada de la Defensa Civil Colombiana

2. La parte demandante en la no operancia de la prescripción en las sumas de dinero condenadas a pagar.

3. La solicitud hecha por la Defensa Civil Colombiana de la exoneración de la responsabilidad, respecto de los actos del empleador original, y más si estos afectan su patrimonio.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

De lo que se predica, que los puntos de apelación 2 y 3 dependen sustantivamente de la solución del punto N° 1 pues sólo habrá lugar a estudiar la prescripción o la exoneración del pago de las sumas impuestas por condena a la Defensa Civil Colombiana, si en efecto se conceden o no las pretensiones.

Por ende, se procede al análisis del primer punto de la apelación, dedicado a la negación o no de las pretensiones, bajo la comparación de la petición de inclusión de los factores salariales como prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías y la prima de riesgo, efectuada por la parte demandante, con lo señalado por vía jurisprudencial por el Consejo de Estado.

Es así como, al tenerse como hecho probado que la señora LUNA CLEMENTE laboró en el cargo de auxiliar de servicios 325-02, desde el 20 de marzo de 2001 hasta el 31 de julio de 2013 y que le fueron pagados de forma continua los emolumentos correspondientes a: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de riesgo, **sería desconocer la realidad y por ende la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, así como el de favorabilidad en materia salarial, la no liquidación de tales prestaciones.**

Por tanto, en concordancia con lo expuesto por vía jurisprudencial por nuestro máximo órgano de cierre y en virtud de lo estipulado en el artículo 4° Constitucional, que impone la obligación de aplicar la Constitución Política de Colombia por encima de otras normas, ésta Sala de decisión, inaplicará el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 y por contera declarará la nulidad del acto administrativo acusado, individualizado con N° E- 2310,18-201318501, por ser también violatorio de los preceptos constitucionales, **considerando por ende como ajustado a derecho reconocer como factor salarial y la reliquidación de la prima de riesgo, pagada por el extinto DAS, así como también el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, emolumentos también cancelados en su momento.**

En consecuencia, al ser resuelto la problemática de las pretensiones en sentido positivo, es oportuno hacer énfasis en el segundo punto referido a la prescripción así:



13-001-33-31-004-2014-00079-01

4.7. Prescripción.

Le asiste razón a la parte accionante en cuanto a que la prescripción declarada de oficio por el A quo, no puede comprender las cesantías; debido a que por la naturaleza de dicha prestación, el término prescriptivo respecto de ella se inicia a partir de la terminación del vínculo laboral; lo cual en el sub judice ocurrió el 31 de julio de 2013; por manera que el término prescriptivo se inició el 01 de agosto de 2013, venciendo el 01 de agosto de 2016; no obstante la reclamación administrativa se formuló el 10 de noviembre de 2013, interrumpiéndose en ese momento la prescripción y la demanda fue presentada el 10 de febrero de 2014; es decir no operó la prescripción respecto de las cesantías, ni respecto de los demás emolumentos.

Finalmente, en coherencia con todo lo expuesto en la parte normativa y jurisprudencial, donde se deja por sentado que cuando se trate de procesos judiciales que guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de los servidores públicos pertenecientes al extinto DAS, en razón a su naturaleza, objeto o sujeto procesal, se tiene, que el pago de las condenas impuestas a las entidades de la Rama Ejecutiva, como es el caso de la DEFENSA CIVIL, deben ser asumidas por estas, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le proveerá los recursos presupuestales que sean necesarios,

En conclusión, por las razones antes expuesta, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió las pretensiones de la demanda, salvo en lo que se refiere a la prescripción extintiva declarada por el A quo, que no podrá comprender la reliquidación de las cesantías de la demandante porque, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho del pago a la cesantía, dada su naturaleza, está llamado a reclamarse y a hacerse efectivo una vez el demandante queda desvinculado del cargo, por lo cual su prescripción extintiva solo puede comenzar a contarse cuando el empleado queda cesante; y de acuerdo con lo probado en el proceso el demandante interrumpió la prescripción al presentar su reclamación oportunamente.

4.8. Condena en costas en segunda instancia.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los requerimientos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, habrá lugar a costas en esta instancia para la parte apelante que resultó vencida.

4.9. Decisión:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en fecha 10 de marzo de 2016, el cual quedará así:

TERCERO: SE DECLARA probada de oficio la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, por lo que las sumas que podrían generarse en favor de la actora con anterioridad al 10 de noviembre de 2010, en virtud de la reliquidación ordenada en la presente sentencia, se encuentran prescritas con excepción de las cesantías a que tiene derecho el demandante. En esta medida el reajuste de las prestaciones prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación, y auxilio de transporte, con la inclusión en su liquidación de la prima de riesgo solo serán canceladas a partir del 10 de noviembre de 2010 hasta el 31 de julio de 2013.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.



13-001-33-31-004-2014-00079-01

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GURRERO LEAL
SALVO OTO.

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



13001-23-33-004-2014-00079-01

Cartagena de Indias D. T. y C., cinco (05) de Julio de dos mil diecisiete (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-004-2014-00079-01
Demandante	JAQUELINA DEL CARMEN LUNA CLEMENTE
Demandado	NACION – EXTINTO D.A.S – DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Prima de riesgo y factores salariales de los trabajadores del extinto D.A.S

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, toda vez que considero lo siguiente:

LA PRIMA DE RIESGO AUN CUANDO ES FACTOR SALARIAL NO NECESARIAMENTE DEBE SERVIR COMO ELEMENTO PARA LIQUIDAR LAS PRESTACIONES SOCIALES

Con relación al tema específico de los factores salariales a tomar en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales, la Corte Constitucional en diferentes providencias como la C-279 de 1996 y la C-424/06 ha enseñado que el legislador cuenta con un amplio margen de consideración y cuenta con la facultad de establecer que algunas remuneraciones no se tengan en cuenta para liquidar las prestaciones sociales.

Allí mismo se explicó que el concepto de régimen salarial, difiere del concepto de salario, el primero es el género y el segundo la especie. Por régimen salarial, debe entenderse como el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales. En ese orden de ideas, el no establecer ciertas primas como factor salarial no se traduce en la vulneración de los derechos del trabajador.

Me permito citar un párrafo en el que se refiere a ello:

“Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter”

El decreto 1933 de 1989 estableció que factores salariales se deben tomar en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales, no incluyendo la prima



13001-23-33-004-2014-00079-01

de riesgo, sin embargo, ello no puede considerarse como una violación a los derechos del trabajador como bien lo ha expuesto la Corte Constitucional y ello tampoco hace que pierda su naturaleza de factor salarial.

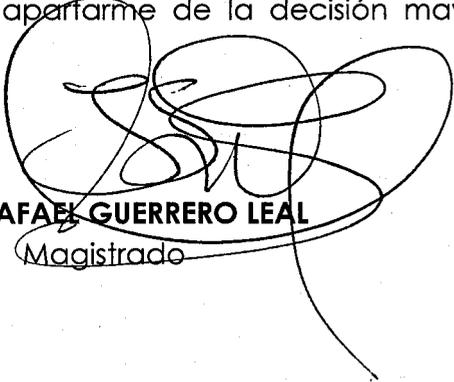
Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde o es materia exclusiva del Congreso y Gobierno Nacional, de tal manera que no podría ser por vía judicial que se fijara la prima de riesgo como factor para liquidar las diferentes prestaciones sociales que devengan los empleados del extinto DAS, de lo contrario habría un vaciamiento de la norma dispuesta en el artículo 150 # 19 literal e) de la C.P.

Diferente fuera el caso que la norma que dispone los factores para liquidar las prestaciones sociales del extinto DAS fuere vaga o imprecisa, o que hubiera conflicto entre diferentes normas, lo que en dicho caso si habilitaría al Juez para fijar un criterio al respecto, pero ello no ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, considero que la prima de riesgo aunque cuenta con la naturaleza de ser factor salarial y como tal sirve como base para liquidar la pensión, ello no quiere decir que obligatoriamente deba tenerse como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, en tanto con relación a ello es al legislador y al Gobierno Nacional a quien le compete fijar que factores sirven como base para liquidar las prestaciones sociales, y en el caso de los trabajadores del extinto DAS no lo contempló así.

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo de igual forma consideró que la prima de riesgo no es factor salarial para liquidar prestaciones sociales¹ en el caso de los trabajadores del extinto DAS.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 8 de marzo de 2018, rad. 2018-00066-00