



Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-007-2014-00057-01
Demandante:	Candelaria de Jesús Ruiz Figueroa
Demandado:	DAS – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - FIDUPREVISORA S.A.
Asunto	Prima de riesgo
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del 24 de junio de 2015, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las suplicas de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda

a. Pretensiones:

PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4º del decreto Nro.2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos en el artículo 53 C.N. que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, **LA NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESION)** se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201317520, notificado el 09/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

TERCERO: Que a la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 Y 195 CPACA.

CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada".



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

b. Hechos: La demandante afirmó, en resumen, los siguientes:

Se vinculó como funcionaria del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS desde el 03 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Secretaria 04 del Área Administrativa de la Seccional Bolívar.

Devengaba una asignación básica de novecientos treinta y ocho mil setecientos sesenta y ocho pesos (\$938.768), y además se le cancelaba mes a mes una prima especial de riesgo equivalente al 15% del sueldo básico, ordenada en el Decreto No. 1933 de 1989, reglamentada en los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, la cual fue concedida a los trabajadores del DAS por las labores de altos riesgos que desempeñaban.

El 30 de septiembre de 2013 solicitó al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial. Solicitud que fue denegada mediante oficio E-2310, 18-201317520 del 30 de octubre de 2013.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 53 y 93 de la Constitución Política; 127 del C.S.T.; 14 de la Ley 50 de 1990; y los Decretos 1933/89 (artículo 4); 132/94, 1137/94 y 2646/94.

Sostuvo que el artículo 53 de la Constitución Política incorpora los conceptos de salario, primacía de la realidad sobre las formas, y los principios de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales; y que se entiende por salario todas las sumas pagadas de manera habitual, y generada como contraprestación de la labor ejecutada por el empleado, sin importar las denominaciones asignadas por la Ley o las partes contratantes.

El artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala que los factores que constituyen salario, además de la remuneración fija o variable, es todo aquello que percibe el trabajador de forma habitual y como contraprestación directa del servicio indistintamente de la denominación que se le pretenda dar.

Sostuvo que la prima reclamada fue pagada de forma habitual y periódica por la labor de peligro que desempeñaba, la cual tuvo su origen en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, posteriormente fue reglamentada por los Decretos Nos. 132 de 1994, 1137 de 1994 y finalmente, por el Decreto 2646 de 1994; y que el Consejo de Estado, en Sentencia del 1 de agosto de 2013, unificó los criterios en torno a la prima de riesgo pagada a los empleados del DAS, y



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

consideró que la misma constituye factor salarial y hace parte del ingreso base de liquidación e ingreso base de cotización.

3.2. Contestación.

El extinto DAS se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima que trata el artículo 2 del Decreto 1933 de 1989 y 132 de 1994.

El artículo 1° del Decreto 132 de 1994 estableció que los servidores públicos que presten servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y precisa que la misma no tendrá carácter salarial. Esta norma no puede ser interpretada so pretexto de consultar su espíritu.

La Sentencia C - 279 de 1996 de la Corte Constitucional estableció que, el hecho de considerarse que los pagos de las primas técnicas y especiales no son factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que ha adquirido ante la comunidad; y trajo a colación diferentes sentencias del Consejo de Estado, de acuerdo con las cuales la prima reclamada no constituye factor salarial.

La periodicidad y habitualidad de los pagos no son suficientes para determinar un factor como elemento constitutivo de salario, pues adicionalmente ese factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador, aunque las normas no lo contemplen.

Finalmente citó Sentencias del Consejo de Estado las cuales han indicado que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- (Fs. 205- 221)

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 24 de junio de 2015, resolvió:

"Primero: INAPLICAR por inconstitucionalidad en este proceso, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto no reconoce el carácter del factor salarial a la prima de riesgos, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Declarar la nulidad del Acto Administrativo No. E-2310-18-201319045 del 30 de Octubre de 2013, proferido por el Departamento



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

Administrativo de Seguridad DAS en supresión, mediante el cual negó el reconocimiento de la prima riesgo como factor salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante.

Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION en calidad de sucesor procesal del DAS EN SUPRESION, a reliquidar todas las prestaciones sociales causadas por la señora CANDELARIA DE JESUS RUIZ FIGUEROA desde el 30 de Septiembre de 2010 hasta el 31 de Diciembre de 2011, teniendo en cuenta para cálculo de la PRIMA DE RIESGO que el demandante devengó mientras estuvo vinculado al DAS en cuantía equivalente al 35% del sueldo básico.

Cuarto: Igualmente a título de restablecimiento del derecho se CONDENA a LA NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION en calidad de sucesor procesal del DAS EN SUPRESION a reconocer y pagar a la señora CANDELARIA DE JESUS RUIZ FIGUEROA la diferencia que resulte entre la reliquidación ordenada en el numeral tercero de esta sentencia y las sumas que le fueron efectivamente canceladas por concepto de prestaciones sociales causadas entre el 30 de Septiembre de 2010 hasta el 31 de Diciembre de 2011, incluyendo como ya se precisó en su computo la Prima de Riesgos.

Quinto: SE DECLARA probada de oficio la EXCEPCION DE PRESCRIPCION, por lo que las sumas adeudadas solo serán canceladas a partir del 30 de septiembre de 2010.

Sexto: Del monto a reconocer, la entidad descontaran los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones, desde el 30 de septiembre de 2010

Séptimo: Las sumas que resulten a favor del demandante y los aportes que deberán deducirse, se ajustaran en la forma expresada en esta sentencia y se dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

Octavo: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Noveno: Sin condena en costas en la instancia.

Decimo: Una vez en firme esta sentencia, por secretaria devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, expídanse las copias con las anotaciones legales para su cobro ante la entidad demanda y archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

Décimo Primero: Por secretaria notifíquese esta sentencia a los sujetos procesales y al Ministerio Público en la forma prevista por el artículo 203 de la ley 1437 de 2011(...)"

Después de examinar las normas legales que regulan la prima de riesgo, concluyó que el acto demandado debía declararse nulo porque todo lo que reciba el trabajador como contraprestación de su fuerza de trabajo, debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar sus prestaciones sociales legales.



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

Aunque en principio las prestaciones sociales del actor no podían incluir la prima de riesgo, porque las normas que la reglamentan la excluían, el Consejo de Estado estableció bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que la rima de riesgo de los empleados del DAS, sí goza de carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición, en la medida en que la misma constituye una retribución directa y constante a los trabajadores por la labor especial que desempeñan.

Aseguró que la prima reclamada tiene las características de salario, y por lo tanto no puede la entidad demandada desconocerlas, cuando es evidente que cumple con todas las particularidades de un factor salarial, bajo el argumento de que el Legislador le negó esa condición.

Finalmente, examinó las normas legales que regulan la prescripción extintiva de derechos laborales y al confrontarlas con los hechos probados procedió a declarar la prescripción de parte de los derechos causados.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 226-233)

La Fiscalía General de la Nación, entidad sucesora del extinto DAS, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, argumentando en resumen, lo siguiente:

Señaló que las normas que regulan la prima de riesgo, reconocen a los empleados del DAS, una retribución por la actividad ejercida, pero no la incluyó como factor salarial, razón por la cual no existe argumentos jurídicos que permitan afirmar que debió ser incluida en la liquidación de las prestaciones sociales.

Consideró que el hecho de que la prima de riesgo se cancelara al demandante en forma habitual y periódica, no quiere decir que tenga carácter salarial y deba incluirse en la liquidación de las prestaciones.

Los elementos relacionados con la habitualidad y periodicidad de los pagos nos son suficientes para determinarla como factor salarial, pues además debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador, lo que no ocurre en el presente caso, ya que la prima es una retribución por el hecho de que el trabajador asume un riesgo importante por el desarrollo de actividades peligrosas.

El Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, señaló que la prima de riesgo constituye factor salarial para liquidar el ingreso base de cotización de las pensiones. Pero no autorizó incluir la prima de riesgo para liquidar prestaciones sociales.



VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante providencia del 30 de noviembre de 2015 se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad accionada (f. 3 C-3), y en providencia de 09 de diciembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 32 ibídem).

La parte demandante reiteró, en lo sustancial, los argumentos que expuso en la demanda (fs. 38-41).

La parte demandada reiteró igualmente, en lo sustancial, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, después de un recuento normativo sobre la supresión del DAS y de los traslados de las funciones a su cargo, señaló que el artículo 1 del Decreto 108 de 2016, por medio del cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, le asignó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a cargo del patrimonio autónomo los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor del extinto DAS o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte sucesora por decisión del juez de conocimiento.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

8.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo.

8.3 Tesis de la Sala

Encuentra la Sala que el demandante si tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculado al extinto DAS, con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma tiene carácter de factor salarial.

8.4 Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables al reconocimiento de la prima especial de riesgo.

En cuanto al régimen prestaciones aplicable a los funcionarios del extinto D.A.S., es preciso indicar que varias leyes han regulado la materia.

La prima de riesgo es una prestación social prevista para aquellos trabajadores que por la naturaleza peligrosa del cargo, reciben un porcentaje adicional por sus servicios prestados, y fue creada por el artículo 4° del Decreto N° 1933 del 28 de agosto de 1989, el cual señaló que tienen derecho a percibirla 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, además de establecer el porcentaje de la misma, de la siguiente manera:

"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".

El Decreto N° 132 del 17 de enero de 1994 otorgó a los servidores públicos que prestaban servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y estableció que la misma "no tendrá carácter salarial".

El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter permanente a la prima de riesgo para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalística especializado, profesional o



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

técnico y conductores, equivalente al 30% de la asignación básica mensual y señaló que no constituye factor salarial, así:

"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 2, 3, y 4 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994".

El Decreto 2646 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a los funcionarios del DAS, y señaló que no constituía factor salarial, así:

"ARTÍCULO 3o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.

ARTÍCULO 4o. *La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."*

Con apoyo en los antecedentes normativos señalados, la jurisprudencia del Consejo de Estado negó inicialmente el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial. Pero, después de diversos pronunciamientos en ese sentido la Sección Segunda, a través de la Sentencia SU de 01 de agosto de 2013, con radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, cambio la tesis anterior y reconoció que la prima de riesgo si constituye factor salarías, con apoyo en los siguientes argumentos:

"(...) la noción de prima como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo implican un aumento en su ingreso laboral, es así como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un plus en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia sea o no definido su carácter salarial, prestacional, o simplemente bonificadorio. Por consiguiente la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.(...)"

(...)La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010 Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

dar paso a una interpretación que atiende a la tesis¹ mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73² del Decreto 1848 de 1969.

Así se advierte en la providencia en cita:

"De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo" (Negrilla fuera de texto).

En este mismo sentido, esta Sección en sede de tutela ha mantenido invariable la tesis antes expuesta, en la que se considera la prima especial de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Así se observa en las siguientes providencias:

Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 2011-01438-00 MP. Alfonso Vargas Rincón, en la que se precisó:

"(...) Como se indicó en la jurisprudencia transcrita, ésta debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación, circunstancia que el Tribunal desconoció, pues limitó la liquidación a los factores establecidos en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

Visto lo anterior, la Sala concluye que se vulneró el derecho a la igualdad al desconocer el precedente judicial de esta Corporación, lo que conlleva a otorgar un trato desigual a personas que adelantaron acciones con idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los cuales debían conducir al juez al mismo razonamiento y conclusión (...)"

Finalmente, ateniendo al principio de igualdad, no puede pasarse por alto que en Sentencias de tutela proferidas por esta Corporación en asuntos similares al ahora debatido, se ha establecido que se incurre en desconocimiento de precedente judicial al no incluir la prima de riesgo como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación de los detectives del DAS en el régimen especial. "

¹ Concretamente en lo que se refiere a los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional prevista en la Ley 33 de 1985. Ver sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

² "ARTICULO 73. CUANTIA DE LA PENSION. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado."



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

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

El reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, examinado en la sentencia anterior con el propósito de incluirla en el ingreso base de liquidación, utilizado para la liquidación de pensión de jubilación, se extendió al reconocimiento de todas las prestaciones sociales.

En efecto, el Consejo de Estado se refirió al tema de la procedencia de la reliquidación de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas, en Sentencia de 27 de enero de 2011, con radicado número: 25000-23-25-000-2005-08547-01, de la siguiente manera:

"La Sección Segunda mediante sentencia del 4 de agosto 2010 rectificó y unificó la posición anterior, y sostuvo que el restablecimiento del derecho no podía limitarse a los años 1998, 1999 y 2001, sino que debía extenderse a los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001. Esto porque la consecuencia de la anulación de las normas que negaban el carácter salarial del 30% que percibían los funcionarios a título de prima espacial, no es otra que la de incluir ese porcentaje en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor".

La Sala acoge los criterios anteriores y los aplica para decidir el recurso en estudio.

8.5. Lo probado dentro del proceso.

La Sala encuentra probado lo siguiente:

- Que la demandante se desempeñó como Secretaria 04 del Área Administrativa desde el 03 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, y devengaba a parte de la asignación básica, una prima de riesgo equivalente al 15% dicha asignación (fl 206 cuaderno 2).
- Que la accionante solicitó al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, y el reajuste y pago de sus prestaciones sociales (fls. 18 – 19).
- Que el extinto DAS mediante oficio E-2310,18-201317520 negó la solicitud anterior (fl. 20).



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

8.6. Conclusiones.

- Como en el proceso se probó que la demandante se desempeñó como Secretaria 04 del Área Administrativa en el extinto DAS; que durante el desempeño del cargo percibió la prima de riesgo con carácter permanente, equivalente al 15 % de la asignación básica mensual; y dicha prima es un factor salarial, entonces tiene el derecho a que sea incluida como tal al momento de reliquidar sus prestaciones sociales.

Como quiera que en la sentencia se incurrió en error de transcripción al condenar al reajuste de las prestaciones teniendo en cuenta la prima de riesgo correspondiente al 35% sobre la asignación básica, la Sala hace la precisión de que en realidad corresponde al 15%.

Sobre la sucesión procesal

La institución mencionada está reglada por el artículo 68 del C. G. P., en los siguientes términos:

"Artículo 68. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.

En la oportunidad para presentar alegatos de conclusión el apelante cuestiona la decisión del A- quo de condenar a la Fiscalía General de la Nación en un proceso contra el DAS, con presunto desconocimiento de las reglas de sucesión procesal prevista en el artículo 1º del Decreto 108/16 que atribuye, una vez concluido el proceso de supresión del DAS, la condición de sucesor procesal del DAS a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en procesos que venían siendo defendidos por la Fiscalía.

Para decidir este punto del recurso de apelación, la Sala se apoyará en auto de 22 de junio de 2016, proferido dentro del radicado 08001233100020030247201 (41913), por la Subsección C de la Sección Tercera



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, donde se decidió una cuestión análoga a la presente, con base en los argumentos que se resumen:

La Ley 1444/11, por medio de la cual se escinden unos Ministerios, le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias precisas para modificar la Estructura de la Administración Pública y la Planta de personal de la Fiscalía General de la Nación; y en uso de esas facultades se profirió el Decreto Ley 4057/11 que ordenó la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS, el cual dispuso en el artículo 3-2 que las funciones legales de éste se trasladarían a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, la Unidad Nacional de Protección y las de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y demás que se desprendan de la misma, a la Fiscalía General de la Nación.

El artículo 18 ibídem estableció que "al cierre de la supresión del DAS los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal" y que "si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva, el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá."

No obstante lo anterior, el artículo 7º del Decreto Reglamentario 1303/14 estableció que Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa-Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deben asumir los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales a cargo del DAS, y que los que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores, serán asumidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios.

Como el Decreto Ley 4057/11 estableció que una vez extinto el DAS solo podían ser distribuidos los procesos en su contra a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido sus funciones, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 22 de octubre de 2015, inaplicó, para el caso concreto, por razones de inconventionalidad, inconstitucionalidad e ilegalidad, el artículo 7º del Decreto 1303/14 en lo que hace referencia al traslado de procesos judiciales y conciliaciones del DAS a la Fiscalía General de la Nación, quien no hace parte de la rama ejecutiva sino de la jurisdiccional; y por ello reconoció al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

como sucesor procesal del DAS, hasta que el Presidente de la República reglamentara lo pertinente.

Por lo anterior, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 108 de 22 de enero de 2016, por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto Ley 4057/11, teniendo en cuenta la necesidad de asignar a una entidad de la Rama Ejecutiva los procesos inicialmente asignados a la Fiscalía General de la Nación, y en el artículo primero los asignó 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 DAS o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento; y en el artículo segundo dispuso que las carpetas de archivo administrativo correspondientes a los procesos judiciales a que se refiere este decreto serán entregadas por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía al Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia.

En el auto de 22 de junio de 2016 que se comenta, la Sección Tercera se preguntó si la Agencia mencionada debía darle cumplimiento a la disposición antes señalada, teniendo en cuenta que i) esa entidad no podría tener calidad de demandada ni ser llamada como tercera, según lo dispone el párrafo 3 del Decreto Ley 4085/11,³ y ii) que el artículo 238 de la Ley 1753/15 creó un patrimonio autónomo, encargado 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".

La Sección Tercera estimó que sí debía cumplirla, porque el artículo 189-17 superior atribuye al Presidente de la República la función de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, además de garantizar los derechos y libertades y, para tal efecto, le es dable distribuir los negocios según su

³ 3. El párrafo mencionado reza textualmente: "PAR. 3º—La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en ningún caso tendrá la condición sustancial de parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas, razón por la cual no podrán dirigirse contra ella las pretensiones de la demanda y no podrá ser convocada a tales procesos a ningún título. En ningún caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades públicas en cuyo nombre actúe".



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos., y eso hizo al señalar a la Agencia como sucesora procesal del DAS, en los asuntos que estaban a cargo de la Fiscalía General de la Nación, decisión que encontró ajustada al artículo 6° del Decreto-Ley 4085 de 2011 que estableció los objetivos y la estructura de la Agencia, puesto la asignación corresponde a la naturaleza de los negocios por distribuir y los objetivos que el legislador le fija a la entidad.

Aseguró la Sección Tercera que el artículo 6°, párrafo 3° del Decreto-Ley 4985/11, es compatible con el numeral 17 del artículo 189 constitucional, y con las competencias generales que el decreto ley le fijó a la Agencia, pues si bien no fue creada para fungir como única y exclusiva demandada o demandante en los litigios en los que se requiere la defensa de las entidades y organismos de la administración pública, ello no podría restarle al Presidente una facultad que le confiere la Carta Política.

Además, el Código General del Proceso dispuso que "En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia...podrá actuar en cualquier estado del proceso, en los siguientes eventos: 1. Como interviniente, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado. - 2. Como apoderada judicial de entidades públicas, facultada, incluso, para demandar. (...)", por lo que no se entiende por qué deviene en contraria a la naturaleza de la Agencia que asuma la calidad de sucesora procesal del DAS, como el Presidente de la República lo dispuso. Y si bien la Ley 1753 de 2015 autorizó la creación de un patrimonio autónomo, administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá contrato de fiducia mercantil, ello no restringe la facultad constitucional del Presidente de asignar los asuntos acorde con la naturaleza de las entidades.

La Sala adopta los criterios antes expuestos y por ello, en aplicación del artículo 1° del Decreto 108/16, por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto Ley 4057/11, excluirá como parte procesal a la Fiscalía General de la Nación; reconocerá a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesor procesal; y dispondrá que la condena en contra de ésta sea atendida y pagada con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015.

Aunque el apelante no adujo en el recurso sino en los alegatos de conclusión que la sucesión procesal correspondía a la Agencia mencionada y no a la Fiscalía y por ello podría considerarse a primera vista que se trata de un asunto que no compete decidir a este Tribunal en segunda instancia, lo cierto es que la decisión enunciada no entraña violación alguna al derecho al debido



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

proceso de la parte demanda, puesto que, en primer término, el inciso segundo del artículo 68 del C. G. P., establece que "Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren".

En el sub lite es claro que en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia regían disposiciones que atribuían a la Fiscalía General de la Nación la condición de sucesor procesal del DAS en supresión; no obstante, al momento de dictarse la sentencia dicha entidad se había extinguido y una nueva norma, el Decreto 108/16, atribuyó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la condición anotada y establecía igualmente el fondo con cargo se debe responder por la condena.

Siendo pues que la sucesión procesal en el presente caso opera por ministerio de la Ley y que de no hacerse modificaciones a la sentencia se dificulta su cumplimiento, y por tanto el derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala procederá a las modificaciones enunciadas, y además, precisará que el monto de la prima de riesgos que debe tenerse en cuenta es del 15 % de la asignación básica y no el 35% como erradamente se dijo en la sentencia apelada.

Costas en segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA, remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Habiendo sido resuelto el recurso de apelación en forma desfavorable a la parte demandada, habrá lugar a condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Modificar los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de junio de 2015 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, en el sentido de que se excluye a la NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION como sucesor procesal del extinto DAS; se reconoce como tal a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO; y se dispone que la condena



SENTENCIA No. 0029/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

en su contra sea atendida y pagada con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015.

Se precisa igualmente que el monto de la prima de riesgos que debe tenerse en cuenta para reliquidar las prestaciones sociales de la demandante es del 15 % sobre la asignación básica y no sobre el 35%, como erradamente se dijo en la sentencia apelada.

Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

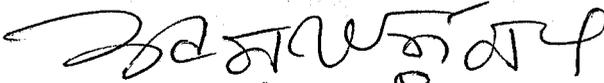
SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandada. Líquidense por el Juzgado de origen de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso.

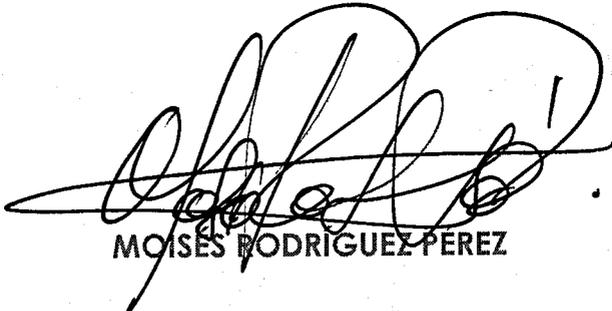
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

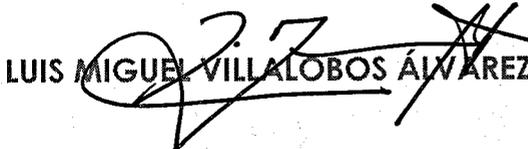
CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ