

Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (09) días de marzo de dos mil dieciocho (2018).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-011-2014-00063-01
Demandante:	Rubén Darío Rodríguez García
Demandado:	DAS.
Asunto	Prima de Riesgo
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede a este despacho resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 29 de septiembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda

#### a). Pretensiones:

**PRIMERO:** Que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto No. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenido 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 SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201317595, notificado el 10/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "prima de riesgo".

**SEGUNDO.** Consecuentemente, 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 interese a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se cause 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 le dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

**CUARTO.** Que se condene en costa a la entidad demandada.



**b). Hechos:** El demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Se vinculó como funcionario del extinto DAS, desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, como Detective 07 del Área Operativa de la Seccional Bolívar, en la ciudad de Cartagena.

Devengada una asignación básica de un millón ciento sesenta y dos mil ciento noventa y cuatro pesos (\$1.162.194), además se le cancelaba mes a mes una prima de riesgo equivalente al 35% del sueldo básico, contenida 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 extinto DAS el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial. Solicitud que fue denegada mediante oficio E-2310, 18-201317595 de 10 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.

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.



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

### 3.2. Contestación.

El Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- no contestó la demanda.

Al proceso se vinculó la Fiscalía General de la Nación, por ser la entidad receptora del accionante y sucesora procesal. No obstante, contestó la demanda en forma extemporánea.

## IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 29 de septiembre de 2016, resolvió:

**“PRIMERO:** Declarar nulo el acto administrativo contenido en el oficio SEGE.STH.GAPE.ABG N° E-2310,18-201317595 del 3 de octubre de 2013, proferido por la Subdirectora de Talento Humano del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS (Suprimido).

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A -Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y su Fondo Rotatorio y de su beneficiaria la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, reliquidar las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del accionante (Cesantías, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones), entre el 23 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2011, incluyendo la prima de riesgo en la base de liquidación como un factor salarial.

**TERCERO:** Las diferencias que resulten de la reliquidación de las prestaciones sociales causadas a partir del 30 de septiembre de 2010, serán pagadas a la accionante previa actualización que se sujetará a la fórmula:

$$Va = \frac{Vh \times \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor histórico (Vh), que es la diferencia surgida de la reliquidación de las prestaciones sociales del accionante con la inclusión de la prima de riesgo, desde el momento en que se hizo exigible cada periodo, por el guarismo que resulte de dividir el índice Final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice Inicial vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

**CUARTO:** Se fijan los efectos fiscales de la sentencia a partir del 9 de octubre de 2010 en virtud de la prescripción trienal de la diferencia de las presentaciones causadas con anterioridad a dicha fecha.



**QUINTO:** *Sobre las diferencias que resulten a favor del accionante, se deberán efectuar los descuentos por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y en pensiones al que se encuentre afiliado.*

**QUINTO:** *Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 195 y 192 del CPACA.*

**SEXTO:** *Se condena en costas a la parte demandada y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al 20% del valor de la condena. Líquidese por Secretaría.*

**SÉPTIMO:** *Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.*

**OCTAVO:** *Ejecutoriada esta providencia, hágase entrega de la parte actora de los documentos necesarios para su cobro, envíese las comunicaciones de la ley y envíese el expediente a la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad para su archivo.*

El A quo manifestó que todo aquello que reciba el trabajador como contraprestación directa de su servicio, debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar sus prestaciones sociales legales.

Después de examinar las normas legales que regulan la prima de riesgo, la cual se reclama como factor salarial para efectos de obtener la reliquidación de las prestaciones sociales del actor, concluyó que el acto demanda dado 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.

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 prima 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.

Concluyó señalando 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.

## V. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

FIDUPREVISORA S.A, entidad encargada del pago de la condena del extinto DAS, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, argumentando, en resumen, lo siguiente:



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

El hecho de que la prima de riesgo se cancelara al demandante en forma habitual y periódica, no quiere decir que tenga carácter salarial para incluirlo en la liquidación.

La habitualidad y periodicidad de los pagos no son suficientes para considerar la prima 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 no es un ingreso recibido por el trabajador como contraprestación directa por su servicio, sino como una retribución por el hecho de que el trabajador asume un riesgo importante por el desarrollo de actividades peligrosas.

Sostuvo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva para intervenir como sucesora del DAS, porque en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1303 del 11 de julio de 2014, por medio del cual reglamentó el Decreto 4057 de 2011, definiendo, entre otros, las entidades que recibirían los procesos, archivos y bienes del DAS, así como otros aspectos propios del cierre definitivo del proceso de supresión.

El artículo 7º del citado Decreto dispuso que los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte e DAS o el Fondo Rotatoria del DAS, que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones como Migración Colombia, Dirección Nacional De Protección, Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2, del artículo 3 del Decreto Ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

El artículo 9 ibídem, señala que los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativa, 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 a la naturales, objeto o sujeto procesal. Si la función no fuese asumida por una entidad de la rama ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia Nacional de Defensa del Estado.



El actor fue incorporado en la Fiscalía General de la Nación y por tal circunstancia el A-quo, en su debido momento decretó la sucesión procesal del extinto DAS en cabeza del ente en mención, y esta entidad es la encargada del pago de la condena.

## VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 03 de abril de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (f. 305 del cuaderno N° 2), y en providencia de 23 de mayo de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 310 ibídem).

**La parte demandante** reiteró, en lo sustancial, los argumentos que expuso en la demanda y cuestionó la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia (fs. 313 – 320).

**La parte demandada** reiteró los argumentos que expuso en recurso de apelación (fs. 321 – 329).

**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 realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

## 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.

### 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; y si la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado está legitimada en la causa por pasiva.

Se abstendrá la Sala de estudiar los cuestionamientos formulados por la parte demandante contra la condena en costas proferida en primera instancia, porque dicho argumento no fue objeto de recurso de apelación.

### 8.3 Tesis de la Sala

El demandante sí 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 el carácter de factor salarial. Y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sí está legitimada en la causa por pasiva, por tener la condición de sucesora procesal del DAS, aunque las condenas en su contra deban ser atendidas por el Fondo Rotatorio del extinto DAS, administrado por FIDUPREVISORA S.A.

### 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 normas 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 4º 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, criminalístico especializado, profesional o 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 2º, 3º, y 4º 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 sí 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 dar paso a una interpretación que atiende a la tesis<sup>1</sup> 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 73<sup>2</sup> 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 (...)"

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."



*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"*

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"***

#### **8.5. Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables a la sucesión procesal del extinto DAS.**

El Consejo de Estado en providencia proferida el 22 de junio 2016, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. No.08001233100020030247201, concluyó que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es la entidad encargada de suceder al extinto DAS, cuando el demandante es trasladado a la Fiscalía General de la Nación, con apoyo en los siguientes argumentos:

*"Se hace necesario determinar si la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es la entidad llamada a suceder al Departamento Administrativo de Seguridad-DAS.*

*Sabido es que en el marco de los procesos judiciales bien puede ocurrir el fenómeno de alteración de la integración de las partes, esto por la ocurrencia de hechos propios de la naturaleza o situaciones que afectan la existencia o identidad, como sucede con la muerte o extinción, fusión o escisión de las personas jurídicas o por disposición del derecho litigioso.*

*En tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del sub iudice, otra circunstancia de sucesión procesal puede tener origen en decisiones legales o administrativas. Es decir, el legislador, en ejercicio*



de sus competencias y el Gobierno Nacional de las suyas, bien puede decidir la sucesión con efectos generales o particulares, sin que ello altere la litis en curso.

La ley procesal prevé la sucesión por fallecimiento, extinción, fusión o adquisición del derecho litigioso, por lo que se señala: "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 de personas jurídicas o la fusión de una sociedad 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 exprese expresamente.

La cuestión planteada tiene que ver con la importancia de salvaguardar el acceso a la justicia de las partes en este asunto, de cara a una controversia que surge desde el interior de la administración, ajena a las víctimas, como lo revela la siguiente relación:

La Ley 1444 de 2011, 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".

En uso de facultades extraordinarias, el Presidente de la República dictó el Decreto-Ley 4057 de 2011 y ordenó la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—. El artículo 3° dispuso en su numeral 2° lo siguiente:

"ART. 3°—**Traslado de funciones.** Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

**3.2. La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política —se destaca—.**

(...)No obstante, se insiste que de lo dispuesto por el Decreto-Ley 4057 de 2011, no hay duda alguna acerca que los procesos y reclamaciones en curso, una vez extinto el Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—, solo podían ser distribuidos "a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

De suerte que, solo una interpretación del decreto reglamentario en cuestión no concordante con las exigencias constitucionales, es dable admitir el traslado de facto de la sucesión procesal del extinguido DAS a la Fiscalía General de la Nación". Allí mismo se expusieron los motivos por los cuales ese traslado de facto i) resulta contrario a los principios de separación y autonomía de los poderes públicos; ii) genera conflicto entre los mismos y iii) promueve la dilución de responsabilidad, lo que no solo explica sino justifica la decisión de acudir a la excepción de inconstitucionalidad en los términos del artículo 4° C.P. e inaplicar el decreto reglamentario.



**(...)Que en la acción de reparación directa identificada con el expediente 54001-2331- 000-2002-01809-01 (42523), 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 inconveniencia, inconstitucionalidad e ilegalidad, el artículo 7° del Decreto 1303 de 2014 en lo que hace referencia al traslado de procesos judiciales y conciliaciones del DAS a la Fiscalía General de la Nación.**

Que en dicho auto se reconoció al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como sucesor procesal del DAS, hasta que el Presidente de la República reglamente lo pertinente.

Que existe la posibilidad de que otras autoridades judiciales, competentes para decidir procesos judiciales en que hayan sido parte el DAS o el Fondo Rotatorio del DAS, adopten decisiones similares a la incorporada en el auto del 22 de octubre de 2015 del Consejo de Estado y, por tanto, ordenen la remisión de los expedientes judiciales y demás reclamaciones en que sean parte dichos sujetos procesales al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

**Que, en consecuencia, y en desarrollo del citado inciso tercero del artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, según el cual, «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», se hace necesario asignar a una entidad de la Rama Ejecutiva los procesos inicialmente asignados a la Fiscalía General de la Nación.**

Que en la misma línea, y con el fin de dar cumplimiento a los artículos 18 del Decreto 4057 de 2011 y 7° y 9° del Decreto 1303 de 2013, el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 autorizó «la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo», patrimonio 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.

**Con base en las consideraciones antes citadas, el artículo 1° del decreto reglamentario asigna "a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento" –se destaca.**

La pregunta que surge a continuación es si es dable darle cumplimiento a la disposición antes señalada, esto es, si la mentada Agencia debe ser reconocida y así mismo actuar como sucesora procesal del DAS, teniendo presente i) que la entidad no podría tener calidad de demandada ni ser llamada como tercera, según lo dispone el parágrafo 3 del Decreto Ley 4085 de 2011 y ii) que el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 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".

A fin de resolver el recurso, resulta indispensable recordar, en los términos del artículo 189 de la Carta Política que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, además de garantizar los derechos y libertades y que, para tal efecto, le es dable:

**17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.**

Es claro, entonces, que entre las facultades que la Carta Política otorga al Presidente se cuenta la asignación de negocios según su naturaleza, entre las distintas dependencias de la Rama Ejecutiva, en procura de concretar las acciones de gobierno y los cometidos estatales; esto es, señalar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, en el asunto de la referencia

(...) En consecuencia, respecto de la pregunta sobre si la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede ser sucesora procesal del DAS, la respuesta no puede ser sino positiva, pues el asunto le fue asignado por el Presidente de la República y responde a su naturaleza.

Lo anterior sin perjuicio del artículo 6º, párrafo 3º del Decreto-Ley 4985 de 2011, disposición esta compatible con lo dispuesto por el numeral 17 del artículo 189 C.P. y con las competencias generales que el decreto ley le fijó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; pues, a la luz del numeral en cita, no cabe considerar que la disposición se dirige a cercenar las facultades constitucionales del Presidente de la República. Esto es así porque si bien la Agencia no fue creada para fungir como única y exclusiva demandada o demandante, convocada o vinculada por las partes o los jueces en los litigios en los que se demanda la defensa de las entidades y organismos de la administración pública, ello no podría restarle al Presidente la facultad que le confiere la Carta constitucional. De donde, no queda sino concluir que mediante el Decreto 108 de 2016 el Presidente efectivamente le asignó a la Agencia una función que la misma ha de cumplir.

El Código General del Proceso —Ley 1564 de 2012— dispuso al respecto —se destaca—:

**"Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 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. (...)"

Entonces, si respecto de la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la propia ley le confiere facultades para ser apoderada y la habilita incluso para demandar, mediante poder expresamente otorgado por la entidad pública de que se trate, así como le permite instaurar acciones de tutela en representación de las entidades públicas, no se entiende por qué deviene en contraria a su naturaleza que asuma la calidad de sucesora procesal del DAS, como el Presidente de la República lo dispuso.



*Adicionalmente, debe tenerse presente que 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, igualmente de ello no se sigue que la disposición está destinada a restringir la facultad constitucional del Presidente de asignar los asuntos acorde con la naturaleza de las entidades, porque este entendimiento, en cuanto inconstitucional, no puede sino descartarse.*

*Por lo anteriores asertos, se procederá a negar la solicitud presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.*

La Sala prohija los criterios expuestos, los hace suyos y los aplicará en consecuencia al caso en estudio.

### **8.5 Lo probado dentro del proceso.**

La Sala encuentra probado lo siguiente:

- Que el demandante laboró en el extinto DAS desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 21 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo el de Detective 208-07, asignado a la Seccional Bolívar, con una asignación mensual de 1.162.194, y una prima especial de riesgo equivalente al 35% sobre la asignación básica mensual (f. 26).
- El 30 de agosto de 2013 el actor solicitó al extinto DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial (fs. 18 -19).
- Que el extinto DAS, mediante oficio E-2310, 18-201317595 de 4 de octubre de 2013, negó la solicitud anterior (f. 20).

### **8.6. Conclusiones.**

Como en el proceso se probó que el actor se desempeñó como Detective 208-07; que durante el desempeño del cargo percibió la prima de riesgo con carácter permanente, equivalente al 35% 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 re-liquidar sus prestaciones sociales. Y la Agencia Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sí está legitimada en la causa por pasiva, por tener la condición de sucesora procesal del DAS, aunque las condenas en su contra deban ser atendidas por el Fondo Rotatorio del extinto DAS, administrado por FIDUPREVISORA S.A.



### 8.7. Costas en segunda instancia.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que 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.

En ese sentido, 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: Confirmar** la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2016 por el Juzgado Décimo Primero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia.

**SEGUNDO: Condenar** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Líquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

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

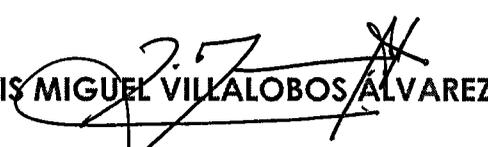
**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

### LOS MAGISTRADOS

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 0027/2018**  
**SALA DE DECISIÓN No. 002**

**SGC**