



Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-004-2014-00084-01
<b>Demandante</b>	JOSÉ RAMÓN DEL CASTILLO PÁJARO
<b>Demandado</b>	DAS EN SUPRESIÓN Y OTROS
<b>Tema</b>	Prima de Riesgo
<b>Magistrado Ponente</b>	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la parte demandada contra la Sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

#### 1.1 Pretensiones.

**PRIMERO:** Que previa inaplicación del artículo 4º del decreto Nro. 2646 del 24 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 normas laborales, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201318748, notificado el 28/10/2013, 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 extra legales (sic), prima de servicios, 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 la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 a 195 del CAPCA.



**CUARTO:** *Que se condene en costas a la demandada".*

## **1.2. Hechos.**

Se resumen así:

1.2.1. Narra el demandante que laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN SUPRESIÓN), desde el 30 de octubre de 1994, hasta el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de auxiliar 03 del área administrativa de la seccional Bolívar, en la ciudad de Cartagena de Indias, con una asignación básica de ochocientos cuarenta y nueve mil, seiscientos ochenta y ocho pesos (\$849.688).

1.2.2 Que en razón de su cargo, percibió por concepto de prima especial de riesgo un 15% de su asignación básica mensual.

1.2.3 Que a pesar de la demandada reconocerle durante el tiempo laborado todas las prestaciones sociales y la prima de riesgo, esta última el DAS no la consideró factor salarial, que para efectos de la demandante el tiempo comprendido es desde el 30 de octubre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011.

## **1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.**

- Constitución Política, artículos 53 y 93.
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículo 127
- Decreto 132 de 1994.
- Decreto 1137 de 1994.
- Decreto 2646 de 1994.
- Decreto 1933 de 1989.

Señala que la entidad trasgredió las disposiciones Constitucionales y legales citadas, porque la prima de riesgo al ser percibida por el trabajador de manera habitual y periódica tiene la naturaleza de salario, sin importar las denominaciones asignadas por la ley, como lo establecen los artículos 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. Considera que el acto acusado y los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994 desconocen esas normas y los principios de primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y los artículos 53 y 93 de la Carta.



## **2. Contestación de la demanda. (Folios 48-60)**

### **2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido.**

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda afirmando que estas carecen de fundamento jurídico, además de considerar que el acto administrativo en virtud del cual se pide su nulidad, numerado E2310,18-201318748, no es un acto definitivo, ni es de aquellos contra los cuales se pueda accionar por vía administrativa. En cuanto a los hechos, no aceptó que la prima de riesgo sea factor salarial según lo dispone el artículo 4 del decreto 2646 de 1994. Y propuso las excepciones de inepta demanda por inexistencia del acto demandado, caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominadas y falta de interés para pedir.

## **3. Sentencia de Primera Instancia. (Folios 256-272)**

En sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda, manifestado en síntesis; que se encuentra acreditado que el actor devengó mensualmente la denominada prima de riesgo en las anualidades 2008, 2009, 2010 y 2011 mes a mes, lo que evidencia claramente que dicha prima fue percibida de forma permanente y habitual por parte del demandante en su calidad de Auxiliar de Servicios; por lo que a juicio del a quo y dadas las características en que fue percibida, tiene un innegable carácter salarial.

Por otra parte, para el Juez de primera instancia, aunque el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no incluye la prima de riesgo como factor salarial; conforme a la posición adoptada por el H. Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ésta sí desarrolla el concepto de factor salarial y sus características; por lo que en el sub examine, bajo el precitado artículo consideró que se ha vulnerado el principio de primacía sobre las formas, toda vez que contrario a lo señalado en la literalidad de dicha norma, la prima de riesgo está revestida de las características propias de un factor salarial, por lo que es claro que el demandante tiene derecho a que dicha prestación social le sea tenida en cuenta. Así las cosas, ordenó liquidar y pagar las prestaciones, esto es; prima de servicio, prima de



vacaciones, vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías, a favor del señor JOSÉ RAMÓN DEL CASTILLO PÁJARO, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo.

Afirma el a quo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, en consonancia con el artículo 1 del Decreto 108 del 22 de enero de 2016, la sucesora procesal responsable de la atención de los procesos judiciales en curso del extinto Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, es FIDUPREVISORA S.A., como vocera del AFP FIDUPREVISORA S.A., siendo ésta quien debía asumir la condena que en dicha sentencia se estableció.

Finalmente, consideró que la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas al actor mediante la mencionada providencia, comprendería tres años anteriores a la radicación de la solicitud del 10 de noviembre de 2012 (fl. 18 a 19), es decir, que se cancelarían las sumas causadas desde el 10 de noviembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011; por lo que se declaró probada la excepción de prescripción respecto de las sumas generadas con anterioridad al 10 de noviembre de 2010.

#### **4. Recurso de apelación.**

##### **4.1. De la parte demandante<sup>1</sup>**

Mediante escrito recibido el día 27 de enero de 2017, la parte demandante sustentó su recurso de apelación, afirmando que si bien el a quo declaró probada la Excepción de Prescripción respecto a las sumas generadas con anterioridad al 10 de noviembre de 2010, no está de acuerdo en cuanto debió tener presente que el fenómeno de prescripción no puede recaer sobre el concepto de las cesantías; dado los pronunciamientos recientes y reiterados del Honorable Consejo de Estado al respecto, donde se indica que el auxilio de cesantías es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo y filosofía, su denominador común es que el trabajador solo puede disponer libremente de la misma hasta tanto haya terminado el contrato de trabajo que lo liga a su empleador; por lo tanto este término prescriptivo debe iniciarse a la terminación del vínculo laboral.

---

<sup>1</sup> Folio 274-279 cuaderno dos de primera instancia.



Con base en lo anterior, el demandante solicita que se confirme en lo favorable de la sentencia apelada y se revoque en cuanto a la prescripción decretada sobre las prestaciones sociales del actor.

**4.2. De la parte demandada - PAP Fiduprevisora S.A., defensa jurídica extinto departamento administrativo de seguridad - DAS - y su fondo rotatorio.<sup>2</sup>**

Por medio de escrito allegado el día 27 de enero de 2017, FIDUPREVISORA S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar denegar todas las pretensiones de la demanda, afirmando que como lo establece el Decreto 2646 de 1994 en su artículo 4, la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Manifiesta también, que quién debe asumir la representación y sucesión procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, es la entidad donde fue incorporado el actor, es decir, la Fiscalía General de la Nación, como sustitución patronal, y debe asumir las demandas laborales que se presenten a partir del momento de la incorporación.

Por tal razón, al vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en calidad de demandada, se presenta una indebida representación, lo cual origina una nulidad a partir del auto en la que se vinculó a una entidad que no puede representar al extinto DAS.

**5. Trámite procesal de segunda instancia.**

Mediante audiencia de conciliación celebra el 16 de marzo de 2017 (folio 296-297), se concedió los recursos de apelación presentados por la parte demandante y la demandada (FIDUPREVISORA S.A.); los cuales fueron admitidos por este Tribunal, a través de providencia de fecha 04 de julio de 2017 (folio 4, cuaderno de segunda instancia).

Finalmente, mediante auto del 13 de septiembre de 2017 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión a las partes por el término de diez (10) días y al Ministerio Público, por el mismo término vencido aquel. (Folio 9, cuaderno de segunda instancia).

<sup>2</sup> Folio 280-292 cuaderno dos de primera instancia.



## **6. Alegatos de conclusión.**

### **6.1 Parte demandante (Folios 33-38, cuaderno de segunda instancia)**

La parte demandante presentó escrito de alegaciones reiterando lo expuesto en el recurso de apelación.

### **6.2 Parte demandada – PAP Fiduprevisora S.A., defensa jurídica extinto departamento administrativo de seguridad - DAS - y su fondo rotatorio (Folios 11-19, cuaderno de segunda instancia)**

A su turno, la accionada, presentó escrito de alegaciones, reiterando de igual manera lo ya sustentado en el recurso de apelación.

### **6.4 Concepto del Ministerio Público**

El señor agente del Ministerio Público, no emitió concepto en el presente asunto.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que conduzcan la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **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.



## 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 solicitada?
- 
- ¿Si existe prescripción del reajuste aplicable a las cesantías, por concepto de la inclusión de la prima de riesgo, con anterioridad al 10 de noviembre de 2010?
- ¿Si existe indebida representación de la parte demandada?

## 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.

Por otro lado, es dable precisar que no es procedente declarar la prescripción de reajuste a las cesantías, por cuanto las mismas por tener carácter definitiva en el sub iudice, se hicieron exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral; por ende este es el momento en que se inicia el término prescriptivo para dicha prestación; en este sentido se modificará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En otro aspecto, considera la Sala que no existe indebida representación de la parte accionada; debido a que en los procesos que se adelantan contra el extinto DAS o su Fondo Rotatorio, en los que se haya vinculado a la Fiscalía General de la Nación como sucesora procesal, ésta entidad debe ser desvinculada y reconocer como sucesor procesal a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, debiendo atender el pago de las correspondientes condenas si las hubiere, el patrimonio autónomo, del cual es vocera la Fiduprevisora; en este sentido se modificará el numeral tercero del fallo apelado.

Por lo anterior, la Sala de Decisión modificará los numerales tercero y cuarto del fallo apelado, en cuanto reconocer a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del extinto DAS y aclarar que la



prescripción trienal no comprende a la cesantías, respectivamente; y se CONFIRMARÁ en todo lo demás dicha sentencia.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

#### **4. Marco normativo y jurisprudencial**

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 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, 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 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 sí constituye factor salariales, 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>3</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>4</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 (...)"

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

3 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.

4 "ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. 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."



*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**".*

Por otro lado, en cuanto a la prescripción de las cesantías, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha manifestado, que dicha prestación está sujeta al fenómeno prescriptivo, en los términos de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969; pero que tratándose de cesantías definitivas, las mismas se hacen exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral; momento a partir del cual se inicia el término prescriptivo.

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

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

De acuerdo con el material probatorio arrojado al expediente, se tienen como acreditados los siguientes hechos:

- Que el Señor JOSÉ RAMÓN DEL CASTILLO PÁJARO laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en supresión, en el período

<sup>5</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda - Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ004-2016 del 25 de agosto de 2016 – Radicado: 08-001-23-33-000-2011-00628-01 C.E. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO y Sección Segunda – Sentencia del 22 de enero de 2015 Radicado: 08-001-23-31-000-2012-00388-01 C.E. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.



comprendido desde el 01 de noviembre de 1994 a 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo auxiliar administrativo 324-03, en la Seccional Bolívar, en la ciudad de Cartagena; devengando una Prima Especial de Riesgo equivalente al 15% sobre la asignación básica mensual. (Fol. 25)

- Mediante escrito radicado el 10 de noviembre de 2013, presentó reclamación administrativa ante el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS en supresión, con el fin de solicitar el reconocimiento de la prima de riesgo devengada por él, como factor salarial para todos los efectos legales, y que como consecuencia de ello se ordenara el reajuste y pago de las prestaciones causadas con su inclusión. (Fol. 18-19)

- En comprobantes de nómina del señor JOSÉ RAMÓN DEL CASTILLO PÁJARO, se observa el reconocimiento y pago mensual de la prima de riesgo, relacionada desde el mes de enero de 2008 hasta 30 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual. (Folios 26-29).

- Que a través del Oficio No. E-2310,18-201318748 del 24 de octubre de 2013, el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS Suprimido, negó al demandante la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales del demandante (fs. 20-21).

## **5.2. Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.**

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial que antecede, de cara a las probanzas allegadas al expediente, procede la Sala a resolver el problema jurídico.

El a quo en el fallo impugnado concedió las pretensiones de la demanda, ordenando a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas por el actor, incluyendo la prima de riesgo equivalente al 15% sobre la asignación básica mensual; igualmente declaró probada de oficio la prescripción de las sumas generadas en favor del actor con anterioridad al 10 de noviembre de 2010.

La parte accionada impugnó el fallo anterior con el argumento de que el A quo incurrió en defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no



constituía factor salarial. Así mismo el a quo hizo extensiva a todas las prestaciones sociales, la determinación que el Consejo de Estado tomó al considerar la prima de riesgo como factor salarial pero solo para efectos pensionales. Igualmente alegó que existe indebida representación, con fundamento en lo establecido en el artículo 133 numeral 4 del CGP; por lo que solicita la desvinculación de la Fiduprevisora como vocera del patrimonio autónomo PAP Fiduprevisora S.A. y en su lugar se mantenga vinculada a la Fiscalía General de la Nación, como sucesor procesal del extinto DAS; lo anterior conforme a lo establecido en el los artículo 7 y 9 del decreto 1303 de 2014.

A su turno la parte accionante también recurrió la sentencia de primera instancia, pero exclusivamente en cuanto a la declaratoria de prescripción; manifestando que la prescripción no debió recaer sobre las cesantías dado que los pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto señalan que el término prescriptivo de dicha prestación solo corre a partir de la terminación del vínculo laboral.

Establecidas las tesis planteadas por el juez de primera instancia y de los recurrentes; resulta claro para esta Sala que el demandante tiene derecho a que se le reconozca la Prima de Riesgo como factor salarial para la liquidación de todas sus prestaciones sociales, aplicando los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad del trabajador.

En efecto, en el marco jurídico de esta sentencia quedó muy claro que el H. Consejo de Estado ha venido reconociendo que la prima de riesgo que se pagaba de manera habitual y periódica con ocasión de sus servicios a los trabajadores del DAS, a que se refieren los Decretos 1933 de 1989, 132 de 1994, 1137 de 1994 y 2646 de 1994 tiene carácter salarial para todos los efectos prestacionales.

En esa medida, y como en el expediente se probó que el actor laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, desde el 01 de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo 324-03, de la Seccional Bolívar (f. 25) y devengó la prima de riesgo desde el mes de enero de 2008 hasta 30 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 15% de su asignación básica mensual (fs. 26-29, cuaderno 1). No resulta ajustado a la Constitución



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

Acota la Sala, que no le asiste razón a la accionada al informar en el recurso de alzada, que el a quo incurrió en defecto sustantivo, por cuanto hizo extensivo el carácter salarial de la prima de riesgo a todas las prestaciones sociales, siendo que el Consejo de Estado sólo le dio dicho carácter para efectos pensionales; debido a que el Alto Tribunal de lo Contencioso, si bien en sentencia de noviembre 10 de 2010, ciertamente le dio carácter salarial a la prima de riesgo solo para efectos pensionales, posteriormente en Sentencia de 27 de enero de 2011, con radicado 25000-23-25-000-2005-08547-01, referenciada en el marco normativo, le dio carácter salarial a la prima de riesgo, para todos los efectos prestacionales.

Por otro lado, 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 como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, 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 diciembre de 2011; por manera que el término prescriptivo se inició el 01 de enero de 2012, venciendo el 01 de enero de 2015; no obstante la reclamación administrativa se formuló el 17 de octubre 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.

En otra arista, no acoge esta magistratura los argumentos de la apelante Fiduprovidora S.A., en cuanto a que existe indebida representación de la parte pasiva y que por tanto quien debe comparecer como sucesor procesal del extinto DAS es la Fiscalía General de la Nación. El disenso lo afinca la Sala en los argumentos que se exponen a continuación.

La Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se escinden unos ministerios, le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación; en uso de esas facultades, expidió el



Decreto 4057 de 2011, por medio del cual ordenó la supresión del DAS; disponiendo que las funciones legales de dicha entidad se trasladarían a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Nacional de Protección las funciones de policía judicial para investigaciones de carácter criminal y demás que se desprenda de la misma se trasladarían a la Fiscalía General de la Nación.

A su vez, el artículo 18 del decreto en cita, dispuso que al cierre de la supresión del DAS, los procesos y demás reclamaciones en curso, serían entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones y que si la función no había sido asumida por una entidad de la rama ejecutiva, el Gobierno nacional determinará la entidad de dicha Rama que los asumiría.

No obstante lo anterior, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, señaló que Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Nacional de Protección y la Fiscalía General de la Nación deben asumir los procesos judiciales y conciliaciones 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, serían asumidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado.

Como el Decreto 4057 de 2011 dispuso que una vez extinto el DAS los procesos en su contra solo podían ser distribuidos a las entidades de la Rama ejecutiva que hayan asumido sus funciones, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Auto del 22 de octubre de 2015, inaplicó para el caso concreto por inconvencional, inconstitucional e ilegal, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo concerniente al traslado de procesos judiciales y conciliaciones del DAS, a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto esta entidad no hace parte de la Rama Ejecutiva, sino Judicial y por ello el Alto Tribunal reconoció al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como sucesor procesal del DAS, hasta tanto el Presidente de la República reglamentara lo pertinente.

Por lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 108 del 22 de enero de 2016, por el cual reglamentó el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, señalando en su artículo primero, que se le asigna a la Agencia Nacional de



Defensa Jurídica del Estado 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, 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. Así mismo, en el artículo segundo ibídem, se dispuso que las carpetas de archivo administrativo correspondientes a los procesos judiciales a que se refiere dicho 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 en comento, el Máximo Tribunal de lo Contencioso, se preguntó si la Agencia en cuestión debía darle cumplimiento a la disposición referenciada, teniendo en cuenta que: i.- esa entidad no podría tener la calidad de demandada ni ser llamada como tercera, según lo dispone el parágrafo tercero del artículo 6 del Decreto 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 las cuales sea parte o destinatario el extinto DAS o su Fondo Rotatorio y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Al anterior interrogante la Sección Tercera consideró que si debía cumplirla, porque el artículo 189-17 constitucional atribuye al Presidente de la República a 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 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 4085 de 2011 que estableció los objetivos y estructura de la Agencia.

Precisó la Sección Tercera, que el artículo 6 parágrafo del tercero del decreto 4985 de 2011 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 Constitución política.

Además el artículo 610 del Código General del Proceso dispone 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 2011 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.

Por lo expuesto in extenso, en los procesos que se adelantan contra el extinto DAS o su Fondo Rotatorio, en los que se haya vinculado a la Fiscalía General de la Nación como sucesora procesal, ésta entidad debe ser desvinculada y reconocer como sucesor procesal a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, debiendo atender el pago de las correspondientes condenas si las hubiere, el patrimonio autónomo, del cual es vocera la Fiduprevisora.

En este contexto, y teniendo en cuenta que en el sub examine la sucesión procesal opera por ministerio de la ley, y que de no hacerse modificaciones a la sentencia se dificultaría su cumplimiento y por ende el derecho de acceso a la administración de justicia de la parte demandante, la Sala procederá a modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de reconocer como sucesora procesal del extinto DAS a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y ordenar que la condena sea atendida y pagada con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015.



Es dable advertir que la anterior decisión no atenta contra el debido proceso ni derecho de defensa de la parte demandada, por cuanto el artículo 68 del CGP, enseña 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 y que en todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

A manera de colofón, la Sala considera:

i.- Que como en el proceso se probó que el actor se desempeñó como auxiliar administrativo 324-03; 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.

ii.- La sucesión procesal del extinto DAS recae en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pero el pago de la condena estará a cargo del patrimonio autónomo creado en virtud del artículo 238 de la ley 1753 de 2015, del cual es vocera la Fiduprevisora S.A,. En este sentido se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada.

iii.- La prescripción trienal no comprende las cesantías a que tiene derecho el actor.

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 del 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. No obstante lo anterior, modificará el numeral tercero del fallo apelado, en el sentido de señalar que la sucesión procesal del extinto DAS recae en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del



Estado, precisando que el pago de las correspondiente condena está a cargo del patrimonio autónomo, del cual es vocera la Fiduprevisora.

### **5.3. Costas en segunda instancia.**

La Sala, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto.

En el presente caso, el recurso de apelación de la parte demandada fue resuelto desfavorablemente, por lo que se le condenará en costas de segunda instancia a dicha parte, ordenando a la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia su liquidación, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyendo en la misma las agencias en derecho.

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** el numeral tercero de la Sentencia del 19 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, el cual quedará así: *"Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como sucesora procesal del extinto DAS, a liquidar y pagar las prestaciones sociales: Prima de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías a favor del señor JOSÉ RAMÓN DEL CASTILLO PÁJARO, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo, teniendo en cuenta que el demandante devengaba una prima de riesgo en un equivalente al 15% sobre la asignación básica mensual. Se ordena que la condena en contra de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sea atendida y pagada con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la ley 1753 de 2015"*



**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada, el cual quedará así: "Se declara probada de oficio la excepción de prescripción, por lo que las sumas generadas en favor del actor con anterioridad al 10 de noviembre del 2010, en virtud de la liquidación ordenada en la presente sentencia, se encuentra prescrita; 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 y prima de navidad, con la inclusión en su liquidación de la prima de riesgo solo serán canceladas a partir del 10 de noviembre del 2010 hasta el 31 de diciembre del 2011"

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Líquidense por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

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

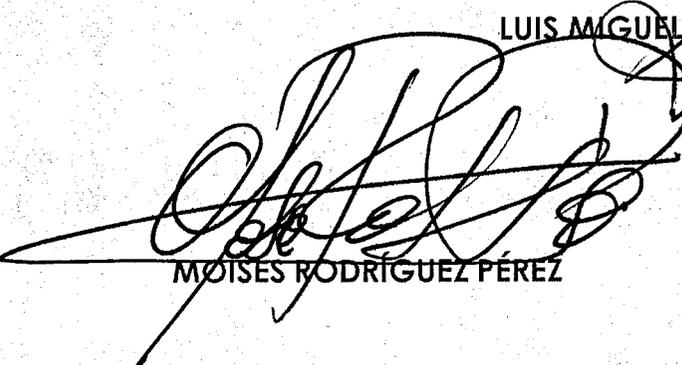
**SEXTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

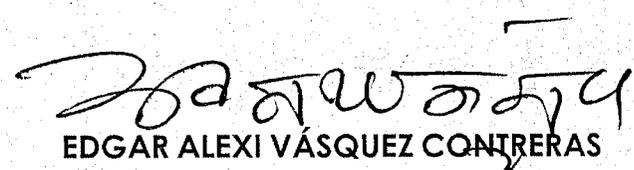
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° \_\_\_\_\_.

**LOS MAGISTRADOS**

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS