



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

I. IDENTIFICACION DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2014-00068-01
Demandante	CESAR EDUARDO GAVIRIA FUENTES
Demandado	DAS EN SUPRESIÓN Y OTROS
Tema	Prima de Riesgo
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

*"Con base en los anteriores hechos solicito que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada proferida a favor de **CESAR EDUARDO GAVIRIA FUENTES CC. 73.571.209** y en contra de **LA NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN)**, representado legalmente por el Dr. RICARDO FABIO GIRALDO VILLEGAS o por quien haga sus veces al momento de la notificación de esta demanda, se hagan las siguientes o parecidas declaraciones y reconocimientos:*

PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° 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 la irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, **LA NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN)**, se declare la nulidad del acto administrativo particular número **E- 2310.18-201317771**, notificado el 15/10/2013,



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 intereses de las cesantías causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.

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

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

1.2. Hechos

1.2.1. Se aduce en los hechos de la demanda que el demandante laboró para el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS (en supresión), desde el 25 de mayo de 1997 y hasta el 31 de diciembre de 2011, como detective 208- 07 del área operativa- Seccional Bolívar de la ciudad de Cartagena, y con una asignación básica de \$1.162.194.

1.2.2. El DAS, además del salario le pagaba mes a mes la "prima de riesgo", de manera habitual equivalente al 35% de su asignación básica mensual, durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.

1.2.3. El DAS durante toda la relación laboral liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionadas.

1.2.4 Presentó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2013 ante el DAS solicitando el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994, y que consecuentemente se reajusten y paguen todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se perciban a futuro.



1.2.5. Como consecuencia de la anterior reclamación, el DAS profirió acto administrativo particular número E-2310,18-201317771 mediante el cual se negó el reconocimiento solicitado sin indicarse en el mismo que recursos procedían, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

- Constitución Política de Colombia, artículos 53, 58 y 93.
- Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127
- Decreto 1933 de 1989.
- Decreto 4057 de 2011, artículo 7.

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

2. Contestación de la demanda.

2.1 Departamento Administrativo de Seguridad – DAS suprimido.

Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídico. Manifestando que la prima (prima de riesgo) señalada en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 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. De las normas anteriores se puede analizar que la prima de riesgo reclamada no constituye factor salarial y cuando la ley es clara no se puede entrar a interpretar so pretexto de consultar su espíritu.

2.2 Fiscalía General de la Nación.

La apoderada judicial de la parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, en tanto no fue la entidad la que profirió los actos administrativos demandados, como tampoco fue quien realizó las



contrataciones señaladas por el demandante, habida cuenta que jamás suscribió ningún tipo de relación o vínculo laboral con el hoy demandante.

3. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2016 el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, CONCEDIÓ las pretensiones de la demanda con el argumento de que la prima de riesgo que devengaba el actor mientras que estuvo vinculado con el DAS si constituye factor salarial para liquidación de sus prestaciones sociales, dado que se trata de un reconocimiento económico habitual y permanente como contraprestación a los servicios prestados, y aunque la subregla jurisprudencial construida por el Consejo de Estado fue elaborada con relación a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de pensión de jubilación, no existen razones jurídicas válidas para no aplicar dicha regla en relación con las prestaciones sociales sin desconocer los principios de primacía de la realidad e igualdad como rectores de las relaciones laborales.

Así mismo, el A quo declaró de oficio la prescripción de las sumas adeudas con anterioridad al 30 de septiembre de 2010, con excepción de las cesantías a las que tiene derecho el actor.

4. Recurso de apelación.

4.1 Parte demandante

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se declaró desierto, en aplicación de lo previsto en el numeral 4 del artículo 192 del CPACA. (folio 326- cuaderno 2).

4.2 Parte demandada

Fiduprevisora

El apoderado judicial de la demandada, sustentó el recurso en los siguientes términos: en primer lugar sostiene que la sentencia apelada adolece de defecto sustantivo, al desconocer el A quo lo establecido en la sentencia C-590 de 2005; en cuanto que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales para la interpretación normas jurídicas, dicha facultad no es absoluta, por cuanto



la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido, y principalmente por los valores, principios, derechos y garantías que identifican el actual Estado Social de Derecho.

El defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas y por tanto la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente.

Señala el apelante, que la sentencia impugnada adolece de defecto sustantivo, por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo no constituía factor salarial. Informa que además, el A quo tomó el argumento que utilizó el Consejo de Estado para considerar factor salarial a la prima de riesgo solo para efectos pensionales, para hacerla extensiva a todas las prestaciones sociales y con fundamento en ello, inaplicó las normas que crearon la prima de riesgo.

Así mismo señala que los decretos 132 de 1994, 1137 de 1994 y 2646 de 1994, reguladores de la prima de riesgo, que fue creada mediante el decreto 1933 de 1989, expresamente consagraron que ella no constituye factor salarial.

Finalmente solicita la desvinculación de la Fiduprevisora como vocera del patrimonio autónomo PAP Fiduprevisora S.A., por indebida representación, con fundamento en lo establecido en el artículo 133 numeral 4 del CGP 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 artículo 7 y 9 del decreto 1303 de 2014.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante decisión proferida en el curso de la audiencia de conciliación de fecha 07 de septiembre de 2016, se concedió el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la parte demandada (Fs. 325-326).

En providencia de fecha 05 de diciembre de 2016, el Magistrado Ponente admitió el recurso de apelación instaurado por la demandada, posteriormente, mediante auto de 12 de febrero de 2017, se ordenó correr



traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera concepto el Ministerio Público.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Parte demandante

Sostuvo los argumentos del recurso de apelación y del libelo de la demanda. Solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia por el A- quo, y en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda por estar ajustadas a derecho y enmarcarse en un ámbito de razonabilidad.

6.2 Parte demandada. Fiduprevisora.

Reiteró lo planteado en el recurso de apelación, en cuanto a que la prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y además que existe indebida representación, por cuanto quien debe asumir como sucesora procesal del extinto DAS es la Fiscalía General de la Nación.

6.3 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 CPACA¹, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 207 "**Control de legalidad.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades; los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes."



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, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

2. Problema jurídico.

En primer lugar, precisa la Sala, que el problema jurídico se establecerá a partir del objeto del recurso de apelación formulado por la parte accionada, debido a que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se declaró desierto, en aplicación de lo previsto en el numeral 4 del artículo 192 del CPACA. (folio 326- cuaderno 2).

Así las cosas, 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 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, 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.



Así mismo, se modificará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la imprescriptibilidad de los aportes a la seguridad social.

Finalmente se adicionará el fallo objeto del recurso de alzada, en el sentido de inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994.

Por lo anterior, la Sala de Decisión CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

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

4. Marco normativo y jurisprudencial

En cuanto al régimen de 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 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 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 tesis² 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 73³ 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.

2 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.

3 "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."



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 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"***

Por otro lado, en cuanto a la prescripción de las cesantías, el Consejo de Estado⁴ 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.

⁴ 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.



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 CESAR EDUARDO GAVIRIA FUENTES laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS en supresión, en el período comprendido desde el 25 de mayo de 1997 al 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective 208-07, asignado a la Seccional Bolívar (f. 25) y devengó la prima de riesgo desde el mes de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 35% de su asignación básica mensual (fs. 27-29 y 31, cuaderno 1).
- Mediante escrito radicado el 2 de octubre 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 CESAR EDUARDO GAVIRIA FUENTES, se observa el reconocimiento y pago mensual de la prima de riesgo, relacionada desde el mes de enero de 2008 hasta 30 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 35% de su asignación básica mensual. (Folios 27-29 y 31).

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 planteado.

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, desde el 30 de septiembre de 2010, hasta el 31 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta la prescripción trienal, incluyendo la prima de riesgo equivalente al 35% sobre



la asignación básica mensual; igualmente condenó en costas en la modalidad de agencias en derecho por el equivalente al 2% del valor de la cuantía estimada en la demanda.

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 fallador de instancia, 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 4º 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.

Establecidas las tesis planteadas por el juez de primera instancia y de la recurrente; resulta claro para esta Corporación, 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 25 de mayo de 1997 al 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de detective 208-07, asignado a la Seccional Bolívar (f. 25) y devengó la prima de riesgo desde el mes de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2011 en porcentaje correspondiente al 35% de su asignación básica mensual (fs. 27-29 y 31, 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 otra parte, no acoge esta magistratura los argumentos de la apelante 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 párrafo 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 párrafo 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 orden, se advierte que en el sub judge, el juez de primera instancia, mediante auto de fecha 15 de octubre de 2014 (folios 73-75), vinculó como sucesor procesal del DAS a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El A quo, mediante auto del 14 de abril de 2015 (folios 123-127) repuso la anterior providencia, excluyendo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del DAS y vinculó en su lugar a la Fiscalía General de la Nación. Posteriormente, a través de auto del 19 de noviembre de 2015 (folio 187) el A quo dejó sin efectos la providencia anterior y vinculó como sucesor procesal del extinto DAS al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

En audiencia inicial celebrada el 14 de enero de 2016 (folio 210), el fallador de primera instancia, dejó sin efectos el numeral primero del auto del 19 de noviembre de 2015 y en su lugar, ordenó mantener como sucesor procesal del DAS, a la Fiscalía General de la Nación; luego se deja sin efectos la decisión anterior, mediante auto de fecha 26 de febrero de 2016 (folio 241) y se reconoce a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente, en continuación de audiencia inicial, el 14 de marzo de 2016 (folio 247), a solicitud de la Fiduprevisora S.A., se desvinculó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y se vinculó a la Fiduprevisora como sucesora procesal del extinto DAS.

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 el 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.

Por otro lado, la Sala inaplicará por inconstitucional el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, el cual contempla que la prima de riesgo no es factor salarial.

A manera de colofón, la Sala considera, que:

i.- 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 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.

Por lo precedente, la Sala acudirá a la excepción de inconstitucionalidad en los términos del artículo 4º de la Constitución Política, e inaplicará el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, el cual contempla que la prima de riesgo no es factor salarial.



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 1° 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,

VI. FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016), en el sentido de inaplicar el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016), 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, en su condición de sucesor procesal del extinto DAS, reliquidar y pagar las prestaciones sociales a favor del señor CESAR EDUARDO GAVIRIA FUENTES, quien se identifica con la CC. 73.571.209, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial equivalente al 35% sobre su asignación básica mensual, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS es decir, desde el 30 de septiembre de 2010, por prescripción trienal, y hasta el 31 de diciembre de 2011, salvo lo correspondiente a cesantías sobre las cuales no opera el fenómeno de la prescripción, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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"

TERCERO: MODIFICAR el numeral Sexto de la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016), el cual quedará así:

"Del monto a reconocer, en caso que o se hubiere hecho, la entidad descontará 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; precisando que los aportes a la seguridad social son imprescriptibles"

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia del veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. **Liquidar** por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho.

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

SEPTIMO: Dejar 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 ÁLVAREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

