

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA N° 126

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2018-00162-00
DEMANDANTE : LEONARDO ANGEL BACCA
DEMANDADO : POLICÍA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL

TEMA : *PRIMA ESPECIAL DE RIESGO / DECRETO 2646 DE 1994 / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS*

I. ANTECEDENTES.

El señor **LEONARDO ANGEL BACCA**, actuando por medio de apoderado judicial en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, a fin de que se hagan las siguientes:

1. Declaraciones.

1.1. Que se ordene la inaplicación del artículo 4 del Decreto N° 2646 del 29 de noviembre de 1994, por desconocer el artículo 53 de la Constitución Política, que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y la irrenunciabilidad a los derechos establecidos en la normas laborales y se reconozca la naturaleza salarial de la prestación denominada prima de riesgo.

1.2. Se declare la nulidad del oficio DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG de 20 de noviembre de 2013, mediante el cual el Departamento Administrativo de Seguridad DAS negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial y por tanto denegó el reajuste de la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas con la inclusión de dicho emolumento.

1.3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague la reliquidación de la totalidad de prestaciones sociales, aportes a seguridad social, cesantías e intereses a las cesantías causadas desde

el nacimiento del derecho hasta la supresión del DAS y las que se causen a futuro a partir de su vinculación a la Policía Nacional.

1.4. Que se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios en caso de incumplimiento del fallo, la indexación de las sumas reconocidas y la condena en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

2.1. El señor LEONARDO ANGEL BACCA, laboró en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD- DAS desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 30 de enero de 2012 y como último cargo desempeñó el de detective 208-06

2.2. El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS – fue liquidado mediante el Decreto 4057 DE 2011, motivo por el cual en razón de las medidas de restructuración adoptadas se dispuso la incorporación del accionante como servidor de la Policía Nacional a partir del 1 de febrero de 2012.

2.3. Durante su vinculación con el DAS el accionante percibió mensualmente el pago de la denominada prima de riesgo, la cual no fue tomada en cuenta como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales y para el pago de aportes a seguridad social.

2.4. Luego de su reubicación en la POLICIA NACIONAL, el accionante dejó de percibir el pago mensual de la prima de riesgo que venía devengado mensualmente en el DAS.

2.5. Ante esta situación, el 12 de noviembre de 2013 el accionante formuló derecho de petición ante el DAS el cual fue radicado bajo la partida 2013 -19988 ID 52549 solicitando el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial.

2.6. El subdirector de talento humano del entonces DAS en supresión dio respuesta al derecho de petición mediante el oficio DAS SEGE.STH.GAPE.ABG de fecha 20 de noviembre de 2013, negando el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN.

Cita como normas violadas, las siguientes:

-Constitución Política: Artículos 1, 2, 5, 6, 13, 23, 25, 42, 44, 45, 53, 122 a 125 128, 150.

- Decreto 2646 de 1994.
- Decreto 1933 de 1969.
- Decreto 1848 de 1969.
- Decreto 132 de 1994.
- Decreto 1137 de 1994.
- Decreto 4057 de 2011.

La parte accionante afirma que mediante sentencia proferida el 1 de agosto de 2013 dentro del proceso identificado dentro de la radicación 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11) el Consejo de Estado reconoció el carácter salarial prima de riesgo.

Conforme lo determinado por la jurisprudencia, el desconocimiento de la naturaleza salarial de la prima de riesgo configura una vulneración de los principios constitucionales de igualdad y primacía de la realidad sobre las formas.

En este contexto, el precedente jurisprudencial advierte que aunque el Decreto N° 2646 de 1994 niega la condición salarial de la prima de riesgo, dicha circunstancia formal se desvirtúa materialmente al comprobarse que dicho emolumento corresponde a una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban en el DAS.

De esta forma, el precedente bajo análisis concluyó que dicha prestación goza de una naturaleza salarial intrínseca que permite su cómputo como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto DAS.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Policía Nacional no presentó contestación a la demanda (cfr. constancia secretarial fl. 34).

5. TRÁMITE DEL PROCESO.

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante auto interlocutorio de 4 de julio de 2018¹, se llevó a cabo la notificación del auto admisorio al demandado en debida forma².

Posteriormente se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem –fls 47 a 49-, en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

5.1. La parte demandante intervino en esta etapa del proceso y solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que a partir de su vinculación a la Policía Nacional el accionante dejó de percibir la prima especial de riesgo como prestación salarial de carácter mensual.

Igualmente, advierte que aunque en su calidad de servidor del DAS el accionante percibió mensualmente la prima especial de riesgo ésta no fue incluida como factor salarial al momento de liquidar las prestaciones sociales devengadas.

¹ Folio 23

² Folios 27 a 30.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el carácter salarial de la prima de riesgo estableciendo su inclusión como factor salarial para efectos pensionales.

Advierte que el accionante fue vinculado a la POLICÍA NACIONAL sin solución de continuidad motivo por el cual no existe un acto de liquidación de prestaciones sociales definitivas que pudiera ser objeto de control de legalidad y por ende resulta improcedente afirmar que en el caso concreto se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción.

5.2. La entidad accionada formuló alegatos de conclusión indicando que el demandante fue vinculado a la POLICÍA NACIONAL como consecuencia de las medidas de restructuración administrativa implementadas en razón de la supresión del DAS. Por este motivo, su régimen salarial y prestacional se modificó al aplicable para los funcionarios de la entidad receptora.

En este contexto, sostiene que en el presente caso se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el accionante se limitó a efectuar la reclamación administrativa ante el extinto DAS y no puso en conocimiento de la POLICÍA NACIONAL su pretensión de reajuste prestacional.

De otro lado, advierte que el régimen salarial y prestacional de la POLICÍA NACIONAL no contempla la prima de riesgo como un factor prestacional adicional toda vez que dicho ítem se encuentra dentro de los emolumentos que integran la asignación básica de sus servidores y es tenido en cuenta al momento del reconocimiento de las asignaciones de retiro correspondientes.

Finalmente coadyuva los argumentos expuestos en el acto administrativo acusado referentes a la imposibilidad de otorgar a la prima de riesgo el carácter de factor salarial en razón a la prohibición contemplada en la propia norma de creación de la prestación.

5.3. El Ministerio Público presentó concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su concepto, la Procuradora 57 Judicial I delegada ante el Despacho afirmó que aunque la Jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación estableció el carácter de factor salarial de la prima de riesgo, el precedente reconoce dicha naturaleza a la prestación únicamente para efectos de su inclusión en la pensión de jubilación de los ex servidores del DAS.

De esta forma, los parámetros establecidos por el Consejo de Estado no resultan aplicables al caso concreto toda vez que la pretensión de la parte accionante se dirige al reconocimiento de la prima de riesgo como factor de cómputo de las prestaciones sociales percibidas en vigencia del vínculo laboral.

En segundo término, advierte que la reclamación administrativa fue presentada por el accionante en el año 2013, motivo por el cual al momento de la presentación de la demanda los emolumentos reclamados se encontraban afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción en los términos previstos por el Decreto 4433 de 2004.

En tercer lugar, sostiene que mediante el acto acusado el extinto DAS resolvió de forma definitiva la situación jurídica particular del accionante en relación con las prestaciones derivadas del régimen laboral de dicha entidad que finalmente fue

objeto de supresión, motivo por el cual la decisión se encontraba sujeta al término de caducidad de 4 meses previsto en el artículo 162 del CPACA.

Finalmente, la delegada del Ministerio Público advirtió que el accionante no puso en conocimiento de la POLICÍA NACIONAL su pretensión motivo por el cual no existe un pronunciamiento de la entidad empleadora frente al reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

II. CONSIDERACIONES.

6. Oportunidad para el ejercicio del derecho de acción.

La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual *“el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la Jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia.”*³

Tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 del C.P.A.C.A., respecto del término de caducidad, establece:

(...) Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.”

De la norma transcrita se colige que el término de caducidad sólo puede contabilizarse a partir del momento en el que la Administración ha dado a conocer el acto, a través de su comunicación, notificación, ejecución o publicación. A menos de que en la demanda se controvierta, precisamente, el procedimiento de notificación.

En este último evento, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que es necesario que exista duda razonable frente a la caducidad de la acción, en los siguientes términos:

(...) En esos casos, habrá de preferirse la admisión y no el rechazo de la demanda, pero siempre que en la demanda se cuestione objetivamente, no caprichosamente, no subjetivamente, la falta o indebida notificación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que haya serias dudas sobre la fecha de notificación del acto definitivo. En ese caso, estaría en discusión la fecha en que opera la caducidad y, por ende, deberá admitirse la demanda.

En todo caso, el sólo hecho de que se alegue la indebida o falta de notificación de los actos administrativos no es per se una justa causa para que se prefiera la admisión de

³ Sentencia C-832 de 2001, Magistrado ponente: doctor Rodrigo Escobar Gil.

la demanda y no el rechazo de la demanda. Se trata, pues, de aquella indeterminación fáctica que se funde en razones objetivas, que impidan tener claridad sobre la caducidad de la acción. De no ser así, se abriría la puerta para que se formulen cargos en los que se cuestione la notificación de los actos acusados con el único propósito de impedir el rechazo de la demanda.(...) ⁴.

En el presente caso, la parte accionante advierte que no cuenta con información exacta sobre la fecha de notificación del acto acusado (fl. 11), toda vez que el oficio contentivo de la decisión fue remitida por medio de correo junto con múltiples respuestas dirigidas a varios ex servidores del DAS, motivo por el cual no tiene en su poder la constancia de recepción del documento.

Adicionalmente, en los alegatos de conclusión advirtió que su reclamación era de naturaleza salarial toda vez que pretendía la reliquidación de sus prestaciones sociales desde el momento de su vinculación del DAS y con posterioridad, a partir de su incorporación a la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta que la controversia versa sobre prestaciones sociales periódicas y que al momento de su desvinculación del DAS no se profirió un acto administrativo de liquidación prestaciones sociales definitivas, el accionante considera que su pretensión se enmarca dentro de la excepción consagrada en el literal C) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA⁵ que permite interponer la demanda en cualquier tiempo.

En este contexto, advirtiendo que la vinculación del accionante a la Policía Nacional se produjo sin solución de continuidad y que en virtud del proceso de incorporación no se profirió un acto administrativo de liquidación de prestaciones sociales definitivas se considera procedente aplicar al caso concreto literal C) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA y proceder a resolver el fondo del asunto.

7. PROBLEMA JURÍDICO.

En el presente caso, de acuerdo a las pretensiones de la demanda y con el objeto de resolver el fondo del asunto el problema jurídico consistiría en establecer si resulta procedente ordenar a la POLICÍA NACIONAL que realice la reliquidación de la totalidad de prestaciones sociales devengadas por el señor LEONARDO ANGEL BACCA desde el momento de su vinculación al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS incluyendo como factor salarial la prima especial de riesgo consagrada en el Decreto 2646 de 1994.

Sin embargo, de acuerdo a las particularidades presentadas en la reclamación administrativa efectuada por la parte accionante y los lineamientos determinados en la etapa de fijación del litigio, se advierte que se deberá establecer la legitimación en la causa por pasiva de la POLICÍA NACIONAL teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado fue expedido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS.

En el contexto descrito, con el objetivo de resolver los puntos que integran la controversia, el análisis del Despacho se dirigirá a establecer los efectos de la (i)

⁴ Providencia de 27 de marzo de 2014. Expediente núm. 2013 00030. Consejero ponente: doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁵ 1. En cualquier tiempo, cuando: (...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe (...)

supresión del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS para luego establecer (ii) las competencias en materia laboral de la POLICÍA NACIONAL frente a los servidores que fueron reubicados en su planta de personal.

Una vez definidas las anteriores situaciones, se determinará si se configura una falta de legitimación en la cusa por pasiva de la entidad accionada y en el evento de resultar procedente si el derecho del demandante se encuentra afectado por los fenómenos jurídicos de la prescripción.

8. SUPRESIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD.

8.1. Efectos de la supresión del DAS y traslado de servidores a entidades receptoras.

Mediante el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 se concedieron facultades al Presidente de la República, facultades extraordinarias por el término de seis meses, para *“Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos”*.

En atención a estas facultades, luego de realizar el estudio técnico correspondiente el Gobierno Nacional consideró que era necesaria la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y redistribuir las funciones a otras entidades y organismos del Estado.

En desarrollo de lo anterior se expidió el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011, por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones, normativa que en el artículo 1 consagra la supresión de la entidad, en el artículo 3, dispone el traslado de funciones, así:

(...) Artículo 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:

(...) 3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes (...)

En materia laboral, este Decreto consagró lo siguiente:

(...) **Artículo 6°. Supresión de empleos y proceso de incorporación.** El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), **que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva.** La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán **incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).** Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Parágrafo. Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical, deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

Artículo 7°. Régimen de personal. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, **la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto.** En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. **A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.**

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

Parágrafo 1°. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

Parágrafo 2°. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho periodo serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)."

Entre las garantías contempladas en el Decreto 4057 de 2011, se encuentra las siguientes:

- Incorporaciones sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.
- Respeto a la condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximo a pensionarse.
- El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor.
- Se establece la equivalencia entre cargos para el cálculo de la asignación básica. Se determinó que la retribución salarial comprende la asignación básica y la prima de riesgo correspondiente al cargo desempeñado en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

- Actualización del registro de carrera administrativa.

7.2. Afectación del régimen salarial y prestacional de los servidores incorporados a una nueva entidad receptora.

En la sentencia C-314 de 2004, la Corte Constitucional, señaló que el legislador tiene competencia para modificar el régimen jurídico laboral de servidores públicos como consecuencia de un proceso de reestructuración como la escisión, siempre y cuando se protejan los derechos adquiridos de los servidores, los cuales son solamente *“aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente”*.

El Tribunal Constitucional distinguió los derechos adquiridos de las expectativas jurídicas o situaciones jurídicas no consolidadas, las cuales fueron definidas como *“aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado”*, señalando que en todo proceso de reestructuración, en virtud del artículo 58 de la Carta Magna, deben respetarse los derechos adquiridos.⁶

No obstante, se precisó que no existe un desconocimiento de los derechos adquiridos cuando, a futuro, el legislador define un nuevo régimen laboral para los funcionarios de una entidad que es reestructurada; en tal hipótesis solamente se estarían afectando las expectativas que tenían aquellos funcionarios. Al respecto, la Corte señaló: *“Por lo mismo y acorde con la tesis general de los derechos adquiridos, las meras expectativas, es decir, las situaciones jurídicas que no se han configurado o consolidado en cabeza de sus futuros titulares, pueden ser discrecionalmente modificadas por el legislador de acuerdo con la evaluación que haga de las necesidades públicas”*⁷.

Frente a los ex servidores del DAS, encuentra el Despacho que mediante la sentencia C-098 de 2013, se declaró exequible el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, considerando lo siguiente:

(...) De otro lado, cuando la norma dice que “A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora”, no puede entenderse que se están desconociendo los derechos adquiridos de los trabajadores reubicados y los principios constitucionales en materia laboral.

Bajo esta perspectiva, debe entenderse que la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta, en la medida que la administración pública está facultada para adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio; por lo tanto puede crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, sin que lo anterior implique el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral que se deriva de la calidad de trabajadores inscritos en la carrera administrativa.

De esta manera, la protección de los servidores inscritos en carrera administrativa de una entidad suprimida, en virtud de la estabilidad laboral, no puede ir más allá de la incorporación, reincorporación o la indemnización, toda vez que el Estado no puede garantizar la vigencia de un régimen de una entidad, que en virtud de la supresión, no existe (...)

⁶ Esta posición fue confirmada en la C-349 de 2004, que se está a lo resuelto en la C-314 de 2004.

⁷ Ver Corte Constitucional sentencia C-314 de 2004

(...) No obstante ello, la legislación vigente con el fin de garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores de carrera administrativa establece reglas de incorporación que procuran que el servidor escalafonado a quien le fue suprimido el cargo siga desempeñándose como tal en otra entidad. Es decir, que, aunque pierde las condiciones especiales del régimen extinto, ingresa a la nueva entidad bajo el amparo de las reglas de carrera para ella vigentes.

Ahora bien, debe aclararse que los beneficios de ascenso y retiro de un régimen especial de carrera extinto, no constituyen derechos adquiridos para los servidores vinculados a éste, toda vez que la estabilidad de estos cargos públicos y el acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, tendrá vigencia mientras subsista el régimen o la entidad que lo sustenta. Lo anterior por cuanto una vez extinguida la entidad para el cual fue creado el régimen de carrera, éste desaparece del ordenamiento jurídico, junto con sus beneficios, salvo disposición especial del legislador.

En efecto, el legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir.

En ese entendido, el proceso de supresión del D.A.S. se ajustó a los preceptos constitucionales y legales, y procuró la protección de los derechos adquiridos, la estabilidad laboral y el debido proceso de los servidores en carrera cuyos cargos fueron suprimidos, a través de la incorporación a entidades afines en cargos escalafonados y de la indemnización de perjuicios, según el caso. Adicionalmente, se repite, no existe obligación para el legislador de mantener en el tiempo los beneficios de un régimen cuya vigencia se agotó con la supresión del organismo para el cual fue establecido. De manera que, como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, una vez extinguida la entidad para el cual fue creado el régimen de carrera, éste desaparece del ordenamiento jurídico, salvo disposición especial del legislador en contrario (...)

De la citada providencia, se puede concluir:

- Que la incorporación con el régimen de carrera que rige a la entidad receptora, no puede entenderse que se están desconociendo los derechos adquiridos de los trabajadores reubicados y los principios constitucionales en materia laboral.
- Que la protección de los servidores inscritos en carrera administrativa de una entidad suprimida, en virtud de la estabilidad laboral, **no puede ir más allá de la incorporación, reincorporación o la indemnización.**
- Que el Estado **no puede garantizar la vigencia de un régimen de una entidad, que en virtud de la supresión, no existe.**
- Que los beneficios de un régimen especial de carrera extinto, **no constituyen derechos adquiridos para los servidores** vinculados a éste, toda vez, que la estabilidad de estos cargos públicos y el acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, tendrá vigencia mientras subsista el régimen o la entidad que lo sustenta.
- Que una vez extinguida la entidad para el cual fue creado el régimen de carrera, éste desaparece del ordenamiento jurídico, junto con sus beneficios.
- Que el legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que

se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo.

8. Del caso en concreto.

En el asunto que nos ocupa se encuentra acreditado que el demandante laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 1 de febrero de 2012, desempeñando el cargo de **Detective**, siendo incorporado sin solución de continuidad a la Policía Nacional con vinculación legal y reglamentaria desde el 2 de febrero de 2012 (fl. 6).

Además de la asignación básica mensual, el señor Leonardo Ángel Bacca devengó una prima especial de riesgo del 35% sobre la asignación básica mensual conforme a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2646 de 1994 (fl. 6).

Posteriormente, mediante petición radicada el 12 de noviembre de 2013 (fl. 3) el accionante solicitó al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS en supresión el reajuste de las prestaciones sociales de la totalidad de prestaciones sociales devengadas durante su periodo de vinculación de la entidad teniendo en cuenta como factor de liquidación la prima de riesgo.

Mediante oficio DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG de 20 de noviembre de 2013, la Subdirectora de Talento Humano de la entidad dio respuesta al requerimiento afirmando que la prima de riesgo no se tuvo en cuenta como ítem para la liquidación de las prestaciones sociales dado que en la norma de creación de la prestación y en las disposiciones que la reformaron o modificaron se estableció de forma expresa que no tenía la naturaleza de factor salarial.

En el contexto fáctico descrito y atendiendo lo dispuesto por el Decreto 4057 de 2011 se advierte que, si bien, la incorporación del accionante a partir del 2 de febrero de 2012 la Policía Nacional se produjo sin solución de continuidad implicó una modificación en su régimen laboral y un cambio de empleador.

En efecto la medida adoptada por el Gobierno Nacional tenía como justificación garantizar los derechos de carrera administrativa de los servidores del DAS luego de la supresión de la entidad.

Sin embargo, esta decisión no tiene el alcance para extender las prerrogativas laborales del accionante en la entidad receptora, toda vez que de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional al examinar la legalidad del Decreto 4057 de 2011 los beneficios de un régimen especial de carrera extinto, no constituyen derechos adquiridos para los servidores.

Adicionalmente, según estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 2013, no existe obligación para el legislador de mantener en el tiempo los beneficios de un régimen cuya vigencia se agotó con la supresión del organismo para el cual fue establecido. De manera que, una vez extinguida la entidad para el cual fue creado el régimen de carrera, éste desaparece del ordenamiento jurídico.

En el caso que nos ocupa, la variación de régimen prestacional del personal que se desempeñaba en el Departamento Administrativo de Seguridad se produjo como consecuencia de la desaparición de dicha entidad de la estructura de la administración pública.

En virtud de lo anterior, se infiere que la incorporación del accionante a la Policía Nacional no puede valorarse como un evento asimilable a la "sustitución patronal"⁸ en el que los deberes de los empleadores para con los trabajadores son transmitidos por la entidad suprimida a la receptora.

En este punto, debe resaltarse que la reclamación administrativa presentada por el accionante ante el DAS en supresión el 12 de noviembre de 2013 con el propósito de obtener la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas como servidor de dicha entidad se efectuó con posterioridad a su vinculación con la Policía Nacional (2 de febrero de 2012).

Conforme a lo anterior, se tiene que desde la presentación de la reclamación en sede administrativa el accionante reconoció que la entidad competente para resolver su pretensión correspondía a la antigua entidad empleadora y no a la Policía Nacional.

En este contexto, se advierte que aunque como no existió un acto de liquidación de prestaciones sociales definitivas, la supresión del DAS implicó la finalización del vínculo laboral del accionante bajo el régimen de carrera administrativa dispuesto para dicha entidad.

En consecuencia, se tiene que la controversia sobre la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial prestacional no se trasladó a la Policía Nacional, toda vez que la vinculación del accionante a esta entidad receptora implicó un cambio en su régimen laboral que tiene como fundamento una medida de reestructuración de la administración pública.

Lo anterior, conlleva a concluir que la Policía Nacional no es la entidad llamada a responder por la controversia laboral presentada entre el accionante y el DAS, máxime si se tiene en cuenta que la reclamación administrativa fue radicada ante esta última entidad y fue resulta por la Directora de Talento Humano de la misma a través del acto administrativo acusado el 20 de noviembre 2013.

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ ha definido la legitimación material en la causa en los siguientes términos:

(...) (Por su parte, la **legitimación material**, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de

⁸ La Corte Constitucional ha considerado que la citada figura tiene como finalidad "amparar a los asalariados contra un imprevisto e intempestivo fin del contrato de trabajo producido por el traspaso o cambio de dominio o de administración de la empresa".

Así mismo, ha sostenido que para estructurar la sustitución patronal se requiere la presencia de tres requisitos: (i) un cambio de empleador; (ii) la continuidad de la empresa o afinidad en sus operaciones; y (iii) la continuidad del trabajador. Sentencia T 254 - 2018.

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., 17 de enero de 2017 Expediente 52001233300020150006601 (0047-2016)

tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra¹⁰. (...)

En consecuencia, se tiene que en el presente caso se configura una falta de legitimación material en la causa por pasiva de la Policía Nacional para responder por las pretensiones de la demanda, toda vez que (i) no fue la entidad encargada de expedir el acto administrativo demandado, (ii) no tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a la reclamación administrativa presentada por el accionante y (iii) en el régimen de restructuración administrativa consagrado en el Decreto 4057 de 2011 no se estableció que las entidades receptoras responderían por las controversias laborales surgidas entre el DAS en supresión y sus ex servidores.

Las anteriores circunstancias cobran mayor relevancia si se tiene en cuenta que la petición presentada por el accionante se radicó ante el DAS con posterioridad a su vinculación a la Policía Nacional.

De otro lado, si en gracia de discusión se aceptase que en razón a la incorporación dispuesta por el Decreto 4057 de 2011 la Policía Nacional se encontrara legitimada para responder por las obligaciones laborales no reconocidas a los ex servidores del DAS se advierte que la pretensión del accionante se encontraría afectada por el fenómeno de la prescripción.

En efecto, en el presente caso resulta claro que a partir de la vinculación laboral del accionante a la Policía Nacional el 2 de febrero de 2012 dejó de percibir la prima de riesgo en los términos previstos en el Decreto 2646 de 1994 en razón de la supresión del régimen de carrera administrativo del DAS.

De esta forma, a partir de la vinculación a la entidad receptora el accionante se vinculó al régimen de la Policía Nacional y la prima de riesgo empezó a devengarse como parte de la asignación básica de en los términos previstos por el ya citado artículo 7 del Decreto 4057 de 2011.

En consecuencia el accionante contaba con el término de 3 años contados a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento administrativa el 12 de noviembre de 2013 para solicitar la reliquidación pretendida en sede judicial teniendo en cuenta que conforme a lo estipulado por el artículo 102¹¹ del Decreto 1848 de 1968 la reclamación del derecho *"interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual"*.

Finalmente, es necesario reiterar que la pretensión formulada con la demanda en el sentido de obtener el reconocimiento de la prima de riesgo como factor de liquidación prestacional luego de la vinculación del accionante a la Policía Nacional resulta improcedente.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia de 03 de febrero de 2010 Rad.19526 M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada por esta Sección - SUBSECCION "A" - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08). Actor: OSCAR ARANGO ALVAREZ.

¹¹ ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual

En primer término, porque el accionante no ha efectuado una reclamación en dicho sentido frente a la entidad receptora y en segundo lugar en razón a que la vinculación del accionante al régimen de la Policía Nacional implicó a que la prima de riesgo entrara a formar parte de su asignación básica.

En mérito de todo lo expuesto al comprobarse la falta de legitimación material en la causa de la Policía Nacional se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

9. Costas.

Si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre la condena en costas, conforme a los criterios establecidos por el precedente del Consejo de Estado dicho precepto impone al operador judicial en cada caso particular debe observar la procedencia e improcedencia de dicha condena conforme se acredite probatoriamente su causación (providencia del 27 de enero de 2017 Expediente 2400-14)¹²

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, por lo tanto las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

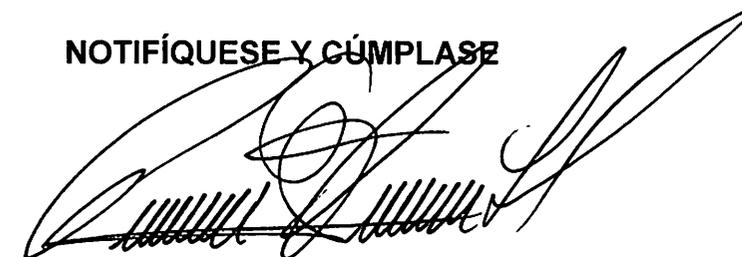
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda con fundamento en las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso en firme esta providencia, devolver los remanentes si los hubiere y archivar las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

MAT

¹² Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”