

**ACTA 188-17 AUDIENCIA CONJUNTA
ART 180 Y 181 DE LA LEY 1437 DE 2011**

RADICADO INTERNO 1100
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00186 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **HECTOR HERRERA ALVAREZ**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-
DAS- EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1139
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00225 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **MARTHA CECILIA ARIAS MARROQUIN**
DEMANDADO: NACION- DAS EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1238
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00324 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **GERMAN CAICEDO RICO**
DEMANDADO: LA NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-
DAS

**ACTA 188-17
AUDIENCIA CONJUNTA
ART 180 Y 181 DE LA LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los cinco días del mes de julio de dos mil diecisiete siendo la hora de las nueve y treinta de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario constituyó en audiencia pública (Sala) el recinto del Juzgado y la declaró abierta para tal fin.

En aplicación de los principios de CELERIDAD, ECONOMÍA PROCESAL y de la PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL DERECHO FORMAL, se adelanta de manera conjunta la audiencia por cuanto los procesos que comparten similares supuestos fácticos y normativos tanto en la demanda como en el sustento de la contestación a la misma.

INTERVINIENTES

Parte demandante.

*En TODOS LOS PROCESOS aparece como apoderado de la parte demandante el **Dr. Gentil Eduardo Álvarez Echeverri** y le fue reconocida personería jurídica*



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICADO INTERNO 1004
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00090 - 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **GENTIL EDUARDO ROJAS MORALES**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1005
RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2014-00091-00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **SULAY INEIDA VARGAS JAIMES**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1006
RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2014-00092-00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **JOSE BERNARDO CASAS PIRAQUIVE**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1007
RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2014-00093-00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **SANDRA MILENA CARRASQUILLA CASTILLO**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION

RADICADO INTERNO 1097
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00183 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **ORLANDO RAFAEL OCAMPO BARRIOS**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION - SUCESOR PROCESAL UNIDAD
ADMINISTRATIVA MIGRACIÓN COLOMBIA

RADICADO INTERNO 1099
RADICACIÓN N° 11001 3335 012 2014 00185 00 ✓
ACCION: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: **ANGEL ALBERTO RODRIGUEZ GUEVARA**
DEMANDADO: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS- EN SUPRESION

en el respectivo acto que admite la demanda. Asiste a la audiencia el Dr. Willber Fabián Villalobos de conformidad con el poder otorgado para asistir a la audiencia en cada uno de los procesos.

Parte demandada

2014-00090 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Asiste el Dr. Belfide Garrido Bermúdez.

2014-00091 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Asiste la Dra. María Fernanda Hurtado Giraldo

2014-00092 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Asiste la Dra. María Fernanda Hurtado Giraldo

2014-00093 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Asiste la Dra. Ángela Patricia Rodríguez Sanabria. Quien aporta poder. Se le reconoce personería de conformidad con el poder otorgado.

2014-00183 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Asiste la Dra. María Fernanda Hurtado Giraldo quien aporta sustitución de poder. Se le reconoce personería en los términos de la sustitución allegada.

2014-00185 No asistió apoderado a la audiencia.

2014-00186 No asistió apoderado a la audiencia

2014-00225 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Asiste la Dra. María Fernanda Hurtado Giraldo.

2014-00324 No asistió apoderado a la audiencia.

Se deja constancia que la representante del Ministerio Público no asiste a la audiencia.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones.

ETAPA I – SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna IRREGULARIDAD que pueda ser saneada en este momento.

Las partes no observan causal alguna que invalide lo actuado

El Despacho advierte que en el proceso 2014 00185 (# 8), la Unidad Nacional de Protección presentó recurso de reposición contra el auto que vincula esta entidad como sucesora procesal (fl.66-68), - el cual fue fijado en lista de traslado el día 15 de marzo de 2017 (fl.82 reverso)-. Al estudiar los argumentos del recurso, se evidencia que van orientados a establecer la falta de capacidad de la UNP para comparecer al proceso, lo que corresponde a la **excepción previa** de "Falta de legitimación en la causa por pasiva", planteada por la propia entidad en su contestación (fl.86), de manera que se negará el recurso de reposición, y se resolverá en la etapa de resolución de excepciones en esta audiencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

Hechas las anteriores precisiones, el Despacho no observa ninguna irregularidad que pueda viciar de nulidad lo actuado, por lo que se da por agotada esta etapa.

ETAPA II - EXCEPCIONES PREVIAS.

En el proceso 2014 00225 (#11), la de "caducidad e inepta demanda por no ser susceptible de control judicial", que si bien, cada entidad denomina esta excepción de manera diferente, al estudiar su contenido se tiene que su argumento consiste en que se omitió demandar el acto que contiene la decisión judicial.

Para abordar la resolución de esta excepción el despacho brevemente presentará unos estudios sobre la caducidad y el concepto de prestaciones periódicas, que se requieren para sustentar la decisión.

Sobre la caducidad

La figura de la caducidad tiene como objetivo que el interesado en accionar ante la jurisdicción lo haga dentro de un plazo razonable. Si eso no se cumple se genera para el juzgador la consecuencia de tener que rechazar la demanda por falta de un presupuesto procesal de la acción o la imposibilidad de no poder pronunciarse de fondo sobre el contenido de las pretensiones.

De tal manera que la figura de la caducidad lo que busca es "poner un límite al derecho del administrado de discutir una situación litigiosa, pues de no existir tal término se desdibujaría la seguridad de las decisiones dentro del tráfico jurídico." Así, lo señaló el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹

El concepto de prestaciones periódicas.

Existen asuntos que conoce la sección segunda de la jurisdicción administrativa, que pueden ser demandados en cualquier tiempo, por ejemplo, cuando se trata

¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN "A" Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010) PROCESO No.: 25000-23-24-000-2005-00254-02 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Demandante: Etb S.A. E.S.P. Demandado Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y Otros Sentencia en Segunda Instancia

de prestaciones periódicas, -obligaciones de tracto sucesivo que se producen mes a mes-. Criterio acogido por la jurisprudencia de esta sección desde hace más de cuatro décadas²

“como se trata de controlar judicialmente un acto que reconoce una prestación periódica, puede ser demandada en cualquier tiempo, sin perjuicio de la prescripción de mesadas eventualmente”

El artículo 164 del CPACA³, ha señalado expresamente que los asuntos contra actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas pueden ser demandados en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

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;

(...)

La pensión es la prestación periódica por excelencia, siendo uniforme la jurisprudencia en señalar que cuando la pensión o la asignación de retiro ya están reconocidas y lo que se niega es su reliquidación, no opera el fenómeno de la caducidad.

No ocurre lo mismo con los asuntos relacionados con la reclamación de salarios y prestaciones sociales, pues **estos tienen únicamente carácter de prestaciones periódicas cuando está vigente la relación laboral**, Al finalizar el vínculo se transforman en una prestación unitaria, lo que implica que cualquier reclamación debe ser presentada dentro del término de caducidad. En otras palabras para que sea periódica el empleado debe encontrarse percibiéndola de otro modo deja de serlo⁴

² A manera de ejemplo se citan dos providencias: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION A, Radicación 25000-23-25-000-2002-06050-01 (0363-08). - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Bogotá, D. C. doce (12) de julio de dos mil siete (2.007) Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES EXPEDIENTE: 2004-3020 DEMANDANTE: HELENA DE LA CRUZ BOBADILLA SIERRA DEMANDADO: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL - FAVIDI -

³ LEY 1437 DE 2011, (enero 18), Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011, <Rige a partir del 2 de julio de 2012, Art. 308->, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, ., SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, ., SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION "B". ., Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, ., Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007). ., Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05916-01(4926-05). ., Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. ., Demandado: MYRIAM BEJARANO GONZALEZ. "La prima técnica se otorga a título de reconocimiento económico a los funcionarios altamente calificados o por evaluación del desempeño, en determinado porcentaje de la asignación básica mensual. Una vez asignada, se convierte en remuneración periódica del beneficiario. A lo anterior se agrega que la periodicidad de la prima técnica, depende de que una vez sea asignada, el beneficiario se encuentre percibiéndola, en caso contrario dejará de ser periódica."

La excepción de inepta demanda por indebida individualización del acto.

La excepción “**Inepta demanda por indebida integración del petitum**”, o también “**indebida individualización de los actos acusados**” y se presenta cuando se omite demandar un acto que resulta imperativo su acusación, al punto que esta omisión impide producir un pronunciamiento de fondo y genera una decisión inhibitoria.

Esta excepción que tiene relación con dos requisitos de procedibilidad de la acción, en primer lugar con que el acto administrativo sea susceptible de control judicial, y en segundo lugar, con la caducidad de la acción, por ello, la necesidad de establecer además, si el asunto bajo estudio puede considerarse o no una prestación periódica.

El argumento de esta excepción que plantean las entidades demandadas, consiste en indicar que como lo reclamado es la reliquidación de prestaciones salariales que devengaron los demandantes durante la vigencia de la relación laboral que mantuvieron con el DAS,- antes de su supresión-, el acto acusable era aquel que realizó la liquidación final; y, debió demandarse dentro del término de caducidad.

En este sentido, argumentan que al culminar la vida jurídica del DAS, las prestaciones salariales reclamadas, ya no tienen carácter de prestaciones periódicas. En otras palabras, sostienen que la oportunidad legal para reclamar emolumentos salariales una vez liquidada la entidad, vence cuatro meses después de efectuada la liquidación final, acto que contiene la decisión de la administración.

El H. Consejo de Estado⁵, ha señalado que una nueva petición no revive el término de caducidad, como sigue:

En suma la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción y se erige como el instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado, por ello el derecho al acceso a la administración de justicia garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial. Finalmente cabe advertir que si la ocurrencia de la caducidad no se observa al momento de la admisión de la demanda, deberá

⁵ CONSEJO DE ESTADO. . SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. . SECCION SEGUNDA. . SUBSECCION B. . Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. . Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010). . Radicación número: 19001-23-31-000-2004-01904-01(0014-09). . Actor: OSCAR HERNAN TAFURT SANCHEZ. . Demandado: MUNICIPIO DE POPAYAN.

ser declarada en la sentencia y conllevará a la declaratoria de inhibición para decidir el fondo del asunto por falta de uno de los requisitos de procedibilidad de la acción.

Esta omisión en el ejercicio de la acción oportuna contra el acto que le niega al actor el reconocimiento de la sanción moratoria, no puede suplirse como lo pretende el demandante, elevando una nueva petición a la administración en el mismo sentido para así iniciar la demanda teniendo en cuenta el término de caducidad sobre una respuesta en la cual la administración no expresa la voluntad que, según él, vulnera sus derechos a acceder a la sanción moratoria, pretendiendo con ello revivir el término para demandar el acto administrativo que realmente contiene la negativa al reconocimiento laboral reclamado, esto es, la Resolución No. 2191 de 2001. De lo expuesto es dable determinar que una vez en firme la resolución que le reconoce, liquida y ordena el pago de la cesantía retroactiva, el accionante contó con cuatro (4) meses para controvertir su legalidad en sede judicial y como ello no ocurrió, es necesario declarar probada la caducidad de la presente acción que impide efectuar pronunciamiento de fondo. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Y en otra decisión señalo el Honorable Consejo de Estado⁶, respecto a una petición sobre un derecho caducado:

PETICIÓN SOBRE DERECHO CADUCADO – Con la respuesta no se pueden revivir los términos ya vencidos / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA – Se presta cuando los actos atacados no tienen el carácter de actos administrativos.

En consecuencia, la Sala concluye que la actora pretendió revivir, a través de la respuesta a su derecho de petición, comunicación de 6 de octubre de 1998, y del oficio O.J 01265 de 31 de agosto de 1998 de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, la caducidad que había operado respecto de los actos administrativos por medio de los cuales se liquidaron parcialmente sus cesantías. Las tesis anteriores fueron ratificadas en fallo de unificación de la Sección Laboral del Consejo de Estado del 12 de julio de 2001, que ahora se reitera, en el que se dijo: “Y de lo anterior se colige, como bien lo expresó el Tribunal, que la parte actora con la petición que presentó el 07 de abril de 1999, (la cual no fue allegada al expediente) y su correspondiente respuesta por parte de la administración de fecha 16 de abril del mismo año, número 001098, quiso revivir los términos ya más que vencidos, para poder demandar en nulidad y restablecimiento del derecho contra lo que considera una liquidación de cesantías sin inclusión de todos los factores salariales que cree tener. “...” Así las cosas, la Corporación declarará probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto los actos atacados no tienen el carácter de acto administrativo y, como consecuencia de ello, se declarará inhibida para conocer de la presente controversia.

Se concluye entonces, que la respuesta de la administración frente a un asunto que ya fue decidido, no es un acto enjuiciable.

Sobre este tema vale recordar que el Consejo de Estado expresa que no toda respuesta frente a las solicitudes de los usuarios constituye un acto administrativo, “La declaración de la voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando y extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia dentro ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio”⁷. Donde además señaló:

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cinco (2005).- Radicación número:001-23-31-000-1998-03866-01(4723-03) Actor: RUTH MARIA GARCIA FIERRO

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Bogotá. D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00080-01. Actor: ADUANAS AVIA LTDA S.A.. Demandado:

*"El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que **Cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado.***

*Queda, por lo tanto, **tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta.***" (Subraya y negrilla por el H. Consejo de Estado)

La existencia de un término perentorio de caducidad, impone al juez la obligación de verificar que se demande el acto que contiene la decisión administrativa, siendo inadmisibles permitir que el interesado pretenda renovar el plazo con una nueva petición.

Para el asunto bajo análisis no hay duda, que **lo pretendido es una prestación unitaria**, en virtud que el proceso de supresión del DAS implicó la terminación de las relaciones laborales que según consta en las pruebas allegadas se produjo en **el lapso de octubre a diciembre de 2011**, de manera que el acto acusable es aquel que realizó la liquidación final de salarios y prestaciones sociales.

No obstante, existe una excepción a esta regla que se presenta cuanto con posterioridad al acto final de liquidación que termina la relación laboral, una decisión judicial que crea una expectativa legítima que permite que se presenten demandas a la luz de la nueva Jurisprudencia.

A manera de ejemplo se cita parte de la sentencia del H. Consejo de Estado⁸, donde se refirió a la necesidad de tener en cuenta el contexto donde se origina la nueva petición, para establecer el momento que inicia el término de caducidad

*En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto. Este criterio, sin embargo, **no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.***

DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. Referencia: APELACION AUTO. Cita Sentencia de 3 de febrero de 2000. Expediente núm. 5652. Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero

⁸ CONSEJO DE ESTADO, . SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, . SECCION SEGUNDA . Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, . Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).. . Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08). Actor: ROSMIRA VILLESAS SANCHEZ, . Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 20029., que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. Sobre el tema, en consecuencia, la Sala acoge lo planteado por las sub- Secciones A y B cuando han considerado que procede estudio de fondo al haber surgido el derecho al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial. Subraya y negrilla por el Despacho

En el sub examine, el carácter salarial de la prima de riesgo se encontraba en discusión hasta que se publicó la SENTENCIA DE UNIFICACION con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve con radicación 44001-2331-000-2008-00150-01 donde el H. Consejo de Estado definió que la prima de riesgo debe ser incluida en la base salarial de la pensión de jubilación, con lo que se creó una expectativa legítima a favor de los demandantes a la luz del criterio de unificación jurisprudencial.

*De manera que el término para interponer la acción se cuenta desde la fecha de publicación de la sentencia que definió el Derecho, esto es desde el 1 de septiembre de 2013 fecha de publicación del **Boletín No 133 de 1 de noviembre de 2013** con el que el Consejo de estado publico esta sentencia de unificación 2008-00150 y se resolvió que la prima de riesgo constituye factor de salario para efectos pensionales.*

Revisadas las peticiones presentadas en cada uno de los procesos se advierte que no se excedió el plazo tres años, contados a partir de la publicación de la sentencia de unificación 2008 -00150, y la demanda fue interpuesta dentro del término de cuatro meses contados a partir de la notificación del acto que resuelve esta petición

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

Colorario de lo anterior, se concluye que en este caso la peticiones presentadas, con posterioridad a la sentencia 2008 -00150, -y dentro de los 4 meses siguientes a la publicación de la decisión judicial-, **constituyen los acto acusable en esta Litis**, en virtud que es a partir de tal decisión judicial que surge la posibilidad de estudiar las pretensiones de la demanda sobre la reliquidación de las prestaciones sociales que recibió el demandante durante su permanencia en el DAS considerando la prima de riesgo como salario; **razón por la cual la excepción de inepta demanda por indebida individualización del acto no prospera como tampoco la excepción de caducidad.**

Pronunciamiento sobre las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y “Falta de legitimación Material en la Causa por pasiva”.

La excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” fue interpuesta por la Unidad Nacional de Protección (2014 00185) y (2014 00186), la Unidad administrativa especial de Migración Colombia (2014-00099), por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2014-00099) y por la Fiduprevisora. (2014-00099); (2014-00100); (2014-00222) (2014-00228) La de “Falta de legitimación material en la causa por pasiva”, fue interpuesta por la Unidad Nacional de Protección, argumentada en que la entidad no cumple una función relacionada con los hechos que dan origen a la pretensión de nulidad. Dada la unidad argumentativa en estas excepciones se resolverán conjuntamente, y para ello, se presentará un estudio sobre la sucesión procesal del DAS, luego de su extinción.

Cuestión previa – Sucesor procesal del DAS

El Decreto 1303 de 2014 ⁽¹⁰⁾, - por el cual se reglamenta el decreto que suprimió el DAS-, señaló lo siguiente respecto a la atención de procesos judiciales:

Artículo 9º. Atención de procesos judiciales posteriores al cierre. Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral y contractual, en los que sea parte el DAS y o su Fondo Rotatorio al cierre de la supresión del DAS, serán notificados a las entidades que hayan asumido las funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal. Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Parágrafo. Para los efectos de notificaciones judiciales que surjan con posterioridad, de conformidad con lo previsto en el Decreto-ley 4057 de 2011, se señala como domicilio único la ciudad de Bogotá D. C. (subraya y negrilla por el Despacho)

¹⁰ DECRETO 1303 DE 2014 (Julio 11) Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en desarrollo de las facultades constitucionales señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Quiere decir lo anterior que el sucesor procesal del DAS no es universal, sino que lo sucede en cada caso particular la entidad que haya asumido sus funciones. De manera que corresponde realizar un estudio para identificarlo.

El **Decreto 4057 de 2011** ⁽¹¹⁾, -Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y se reasignan unas funciones-, en su artículo 3 dispuso el traslado de Funciones de la extinta entidad así: Las relacionadas con el control migratorio a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores; las relacionadas con la función de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal a la Fiscalía General de la Nación; las de Llevar los registros delictivos y de identificación nacionales, y expedir los certificados judiciales al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional

La **Unidad Nacional de Protección** le corresponde asumir como sucesor procesal en atención a lo dispuesto en los Decretos 4057 de 2011, 4065 de 2011 y 1303 de 2014 las funciones del extinto DAS relacionadas con la prestación del servicio de protección, conforme con lo señalado el artículo 3 del Decreto 065 de 2011, mediante el cual fue creada-, donde se le asigna como objetivo “articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección”

Por su parte la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** asume el conocimiento de los procesos en forma residual, es decir cuando la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva. Así lo dispuso el legislador en el artículo 9 del Decreto 1304 de 2014, arriba transcrito. Igualmente, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 ⁽¹²⁾ señala que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sólo asume competencia cuando la norma no señala de manera expresa a un sucesor procesal:

Artículo 7°. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía

¹¹ DECRETO 4057 DE 2011. (Octubre 31). Reglamentado por el Decreto Nacional 1303 de 2014.. Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA., en ejercicio de las facultades que le confieren los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y en concordancia con el párrafo 3º del mismo artículo.

¹² DECRETO 1303 DE 2014 (Julio 11) Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en desarrollo de las facultades constitucionales señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3° del Decreto-ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora.

Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para efectos de lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios.

En cuanto a la **Fiduprevisora S.A.** como vocera del Patrimonio Autónomo PAP – FIDUPREVISORA S.A. y su fondo rotatorio en representación del extinto DAS, mediante auto de 2 de noviembre de 2016 (fl.382) de conformidad con lo señalado en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015

ARTÍCULO 238. Atención de procesos judiciales y reclamaciones administrativas del extinto DAS y constitución de fiducia mercantil. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7° y 9° del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo. Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien **se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.** Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil. *Subraya y negrilla por el Despacho*

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹ inaplicó el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 atinente al traslado de los procesos judiciales y conciliaciones del DAS a la Fiscalía General de la Nación, por razones de inconveniencia, inconstitucionalidad e ilegalidad.

En la providencia referida se indicó que la Fiscalía General de la Nación, al ser un órgano que integra la Rama Judicial del poder público, no puede ser considerada como sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en razón a que se atribuirían funciones propias del poder ejecutivo al judicial, afectando con ello la independencia que debe caracterizar el correcto ejercicio de la función judicial, pues eventualmente la Fiscalía puede estar investigando casos ocurridos en el DAS.

Así mismo se indicó que como el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS integraba el sector central de la Administración Pública a nivel Nacional y mientras el Gobierno Nacional reglamentaba lo pertinente, debía tenerse como

sucesor procesal al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Esta situación fue regulada a través del **Decreto 108 de 22 de enero de 2016**, el cual se estableció que los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, debían ser asignados a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** con el fin de atender y pagar con cargo al patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A las obligaciones que se deriven de éstos.

En estas condiciones considera el Despacho que en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre el patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, existe una relación sustancial entre éste y la Agencia por mandato del citado decreto por lo que se establece la legitimación de la Fiduprevisora para comparecer en los procesos de aquellos demandantes incorporados a la Fiscalía como entidad receptora.

Dicho lo anterior procede el despacho a establecer la entidad legitimada para cada uno de los procesos

| proceso | Entidad legitimada |
|------------|--|
| 2014 00090 | <p>El actor Gentil Eduardo Rojas Morales se desempeñó como detective Agente 208 -07 incorporado a la Policía Nacional en el cargo de Técnico de identificación y Registro</p> <p>La Policía Nacional está legitimada por ser la entidad receptora. (fl.2)</p> |
| 2014-00091 | <p>La actora Sulay Ineida Vargas Jaimes se desempeñó como Detective profesional 09 – incorporada a Migración en el cargo de Oficial de Migración 3010 -15</p> <p>El sucesor procesal es Migración Colombia por ser la entidad receptora.</p> |
| 2014-00092 | <p>El actor José Bernardo Casas Piraquive se desempeñó en el DAS como guardián incorporado a Migración Colombia en el cargo de Agente de seguridad</p> <p>La UAE Migración Colombia es el sucesor procesal por ser la entidad receptora</p> |
| 2014-00093 | <p>La señora Sandra Milena Carrasquilla se desempeñó en el extinto Das como secretaria 309 -04 fue incorporada a la policía Nacional como auxiliar de identificación y Registro</p> <p>La sucesora procesal es la Policía Nacional por ser la entidad receptora.</p> |

**ACTA 188-17 AUDIENCIA CONJUNTA
ART 180 Y 181 DE LA LEY 1437 DE 2011**

| | |
|------------|--|
| 2014 00183 | <p><i>El señor Orlando Rafael Ocampo Barrios se desempeñó en el extinto DAS como detective 208-06 incorporado a Migración Colombia como oficial de migración (fl.2)</i></p> <p><i>Se encuentra legitimada la UAE Migración Colombia como sucesor procesal por ser la entidad receptora.</i></p> |
| 2014 00185 | <p><i>El señor Ángel Alberto Rodríguez Guevara se desempeñó en el extinto DAS como Detective Profesional 10 se incorporó en la UNP como oficial de protección (fl.2)</i></p> <p><i>Se encuentra legitimada la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION como entidad receptora.</i></p> |
| 2014 00186 | <p><i>El señor Héctor Herrera Álvarez se desempeñó en el extinto DAS como agente Escolta incorporado en la UNP en el cargo Agente de Proteccion.</i></p> <p><i>Se encuentra legitimada la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION como entidad receptora.</i></p> <p><i>La Fiduciaria la Previsora, puede continuar como tercero interesado en las resultas del proceso.</i></p> |
| 2014 00225 | <p><i>La señora Martha Cecilia Arias Marroquín se desempeñó en el extinto DAS en el cargo de Detective profesional 207-09 incorporada en Migración Colombia en el cargo de Profesional Universitario.</i></p> <p><i>La legitimación corresponde a la UAE Migración Colombia, por ser la entidad receptora.</i></p> |
| 2014 00324 | <p><i>El Señor Germán Caicedo Rico se desempeñó en el extinto DAS como conductor 07 (fl.30), no obra prueba de su incorporación a una entidad receptora</i></p> <p><i>Se requiere al apoderado para que aporte prueba de la vinculación a una nueva entidad o manifieste si el demandante no fue incorporado para efectos de establecer la entidad legitimada.</i></p> |

En este orden de ideas todas las demás entidades quedan vinculadas como terceros interesados en las resultas del proceso, cuya intervención es facultativa.

En cuanto a la excepción de "indebida escogencia de la acción" interpuesta por la UAE Migración Colombia en el sentido que considera que debió demandarse el Decreto 2646 de 1994 en acción de nulidad; esta excepción no prospera pues las pretensiones formuladas por los demandantes es de contenido particular y concreto, por lo tanto, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la acción que estaba llamada a interponerse

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA III - FIJACIÓN DEL LITIGIO

Se encontraron probados los siguientes hechos:

- Los demandantes se encontraban incorporados en el DAS, y durante su permanencia en la entidad devengaron la prima de riesgo en las condiciones y por los periodos enunciados, luego de la extinción de esta entidad fueron incorporados en una entidad receptora tal y como se deja constancia en las respectivas actas.
- Cada uno de los accionantes mediante petición solicitaron que la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 fuera considerada salario, y como tal se incluyera para la liquidación de primas y prestaciones sociales (Primas de navidad, bonificación por servicios prestados, primas de vacaciones, de servicios, de antigüedad, las vacaciones, cesantías y demás emolumentos devengados).
- El Departamento Administrativo de Seguridad, mediante oficio da respuesta a las peticiones formuladas, y en sede administrativa niega lo solicitado bajo el argumento que esta no constituye factor salarial, con fundamento en las normas que crean y reglamentan la prima de riesgo. (Decreto 1933 de 1989, Decreto 132 de 1994, Decreto 1137 de 1994 y demás normas concordantes)
- El H. Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve con radicación 44001-2331-000-2008-00150-01 profirió sentencia de unificación sobre la prima de riesgo y dispuso que corresponde a un factor salarial y como tal debe ser incluida en la liquidación de la pensión.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que se pronunciaron frente a la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advirtió que el litigio consiste en **determinar si la prima de riesgo puede ser considerada como parte del salario** para la liquidación las otras primas y prestaciones sociales devengadas por los demandantes durante el tiempo que estuvieron vinculados en el extinto DAS.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA IV: CONCILIACION.

En este punto se concede el uso de la palabra al apoderado de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN para que proponga una fórmula de arreglo.

(...)

Atendiendo la manifestación de la apoderada demandada y dada la falta de ánimo conciliatorio el Juzgado se abstiene de proponer fórmula de arreglo y en consecuencia, se da por agotada la etapa de conciliación.

DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS.

DOCUMENTALES:

Se incorporaron como material probatorio los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y contestación.

DOCUMENTALES SOLICITADAS:

En el proceso 2014-00090 se incorporaron los documentos aportados en la Audiencia por el apoderado de la Policía Nacional.

Frente a las solicitudes que se alleguen los antecedentes administrativos fueron negadas en virtud que el asunto es de puro derecho y con las documentales aportadas son suficientes para asumir la decisión.

DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA IV: ALEGACIONES

Alegatos de la parte demandante: Reitera lo expresado en la demanda. Se refiere a que la prima de riesgo tiene carácter periódico y en virtud de la aplicación del principio de primacía de realidad sobre las formalidades debe ser considerada salario para liquidar prestaciones sociales. Cita sentencia del H. Consejo de Estado de 16 de abril de 2015 radicado 2014 – 424 mediante la cual resolvió una acción de tutela, y consideró que la tesis del tribunal fue acertada al señalar que la prima de riesgo es salario dado su carácter habitual y periódico.

Alegatos de la Policía Nacional (2014-00090) Ratifica los argumentos planteados en la contestación. Se refiere a la sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado SU 2008 – 00150 señalando que el alcance de la prima de riesgo como factor salarial es únicamente para efectos salariales. Asevera que esta al ser incorporado en la Policía Nacional esta prima quedó incorporada en el salario. Solicita que no sea condenado en costas en virtud que la facultad es potestativa, y por el hecho que el comportamiento de la Policía como sujeto procesal no fue contrario a los postulados de la buena fé.

Alegatos de la Policía Nacional (2014-00093) Reitera los argumentos presentados en la contestación, se refiere al principio de autonomía y libertad del Gobierno Nacional para establecer salarios. La habitualidad y periodicidad no es suficiente para considerar una prima como salario. La prima de servicio no se recibe como contraprestación al servicio, sino por el peligro o riesgo que se ve expuesto el trabajador por trabajar en el DAS. Solicita que no sea condenado en costas en virtud de su correcto comportamiento como sujeto procesal.

Alegatos de la UAE – Migración Colombia. (2014-00091), (2014-00092), (2014-00183); (2014-00225) Se adhiere los argumentos presentados por los demás apoderados. Ratifica los argumentos planteados en la contestación. Señala que el Decreto 4 del Decreto 2646 de 1994 dispone que la prima de riesgo no constituye factor salarial. El Gobierno Nacional tiene plena facultad para expedir los decretos, y señalar cuáles son factor salarial y cuales no-, en virtud de expresas facultades otorgadas por la Ley 4 de 1992. La ley establece los conceptos que se deben incluir para liquidar cada prestación y en ella no se enlista la prima de riesgo. Cita las sentencias judiciales que no accedieron a las pretensiones en casos similares.

2014 – 00324 Se requiere al apoderado de la parte demandante para que aporte prueba de la vinculación del señor Germán Caicedo Rico a una nueva entidad o manifieste si el demandante no fue incorporado para efectos de establecer la entidad legitimada. Termina diez días. Se le cita para el 27 de Julio de 2017 para continuar con la audiencia inicial.

Se FIJA FECHA PARA ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO PARA EL DÍA VEINTISIETE DE JULIO DE DOS MIL DIECISIETE A LAS DIEZ DE LA MAÑANA.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

La juez



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ

Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. 2014-00090

DR. BELFIDE GARRIDO BERMÚDEZ.

Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. 2014-00093

DRA. ÁNGELA PATRICIA RODRÍGUEZ SANABRIA.

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia 2014-00091. 2014-00092;
2014-00183 y 2014-00225.

DRA. MARÍA FERNANDA HURTADO GIRALDO

El profesional Universitario



JOSÉ CLEMENTE GAMBOA MORENO