



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, quince (15) de julio del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 15759333300220200004900
Demandante: Hom Fredy Alvarado Patiño
Demandado: Fiduciaria La Previsora-Pap Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Das y su Fondo Rotatorio

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO actuando a través de apoderada judicial, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo No. 20190992982041 de diciembre 24 de 2019, mediante el cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA PAP FIFUPREVISORA S.A. DEFENSA JURIDICA EXTINTO DAS Y SU FONDO ROTATORIO, le negó el derecho a que la *prima especial de riesgo* fuera considerada factor salarial para la reliquidación de las cesantías y sus intereses, que se causaron mientras prestó sus servicios al extinto DAS.

Igualmente pide inaplicar parcialmente por inconstitucional el artículo 14 del Decreto ley 1933 de 1989, en cuanto no incluyó la prima especial de riesgo, como factor a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías de los funcionarios del DAS y además la frase "*no constituye factor salarial*" contenida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1137 de 1994 y artículo 4 del Decreto 2646 de 1994.

Pretende se ordene la reliquidación y pago de las cesantías y los intereses que se causaron a su favor desde el 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, teniendo para el efecto como factor salarial la PRIMA DE RIESGO devengada por el demandante durante el mencionado periodo.

Igualmente busca que la sentencia se cumpla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fl.3 archivo 02*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Señala la demanda que el señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, desempeñando el cargo de Detective, durante el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación, sin solución de continuidad, tiempo durante el cual devengó la prima especial de riesgo creada por el Decreto Ley 1933 de 1989, en el equivalente al 10% de la asignación mensual, aumentada luego mediante Decretos 1137 y 2646 de 1994.

Continúa indicando que la mencionada prima no fue tenida en cuenta para la liquidación de las cesantías y sus intereses.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se transgredieron las siguientes disposiciones (*fls.5-10 archivo 02*):

De orden constitucional: Artículos 4 y 53. Art. 1 del Convenio OIT No. 095 de 1949, ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962.

De orden legal: Ley 4 de 1992, artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el Art. 14 de la Ley 50 de 1990, artículo 42 del Decreto ley 1042 de 1978 y artículo 6 del Decreto ley 4057 de 2011.

Manifiesta que la prima especial de riesgo con fundamento en el Art. 4 del Decreto ley 1933 de 1989, Art. 1 del Decreto 1137 de 1994 y Art. 1, 2 y 3 del Decreto 2646 de 1994, tiene un contenido sustancial dado por la misma constitución en el bloque de constitucionalidad, y es la de constituir factor salarial para todos los efectos, al reunir los requisitos establecidos en el convenio 95 de 1949, ratificado por Colombia, mediante la Ley 54 de 1962. Dicho emolumento es una suma de dinero que habitual (de forma indefinida desde el 28 de agosto de 1989 y periódicamente (mensualmente) recibieron ciertos servidores públicos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS., entre ellos el demandante, hasta que fueron vinculados, sin solución de continuidad, a otra entidad estatal, como consecuencia de la supresión de la mencionada entidad.

Indica que el marco normativo colombiano, constitucional y legal ha establecido de forma clara y precisa el alcance sustancial de lo que se entiende por salario y los elementos o factores que lo integran, por lo tanto, esta facultad no está al arbitrio ni del legislativo, quien debe sujetarse a la Constitución Política, ni del ejecutivo, que debe sujetarse a la Constitución y a la ley marco o cuadro que le delimita el campo de acción para fijar el régimen salarial de los servidores públicos.

Por lo anterior, la FIDUPREVISORA S.A. yerra al negar el derecho solicitado, aduciendo el tenor literal de las normas que señalan que la prima especial de riesgo "no constituye factor salarial" por cuanto estos Decretos contravienen disposiciones de mayor jerarquía, valga decir, leyes de la República; y al hacerlo, es evidente la vulneración al orden legal establecido, como en el caso de la Ley 4 de 1992 que de ninguna manera faculta al Gobierno Nacional para que en forma generalizada, mediante un acto administrativo, establezca motu proprio lo que es o no factor salarial, o señale para que efectos es factor salarial.

Con fundamento en lo anterior expresa que como ninguna autoridad administrativa está obligada a aplicar una norma establecida en un Decreto que contraría la Ley lo que procede es hacer uso del instrumento que permite mantener incólume el orden Legal como lo es la excepción de ilegalidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Fiduciaria la Previsora - PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Das y su Fondo Rotatorio** contestó la demanda (*archivo 19*), manifestando oponerse a las pretensiones indicando que la entidad no es, ni ha sido liquidador del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y su relación con dicha entidad se limita a su gestión como fiduciario. Dice que la naturaleza de ese vínculo es con ocasión a la constitución de un patrimonio autónomo administrativo y representado por la Fiduciaria, al que se transfieren los recursos monetarios destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad y actividades propias del PAP FIDUPREVISORA S.A.

Expresa que la naturaleza de las obligaciones de la FIDUPREVISORA S.A se limita la administración de los recursos fidecomitados a fin de realizar los pagos a que hubiere lugar hasta concurrencia de los mismos, atención de procesos judiciales, entre otros, sin que en ningún momento la fiduciaria asuma la calidad de empleador, parte, sustituta, representante legal, o subrogataria, de las obligaciones que tenía a su cargo el Departamento Administrativo de Defensa DAS, pues las situaciones inherentes a la relación del extinto DAS y sus usuarios o exfuncionarios se agotaron con la supresión de dicha entidad y se escapan del resorte de esta sociedad fiduciaria.

Propuso como excepciones las de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Caducidad por la ausencia de periodicidad de la prestación del demandante”* y la de *“Improcedencia de reconocer la prima de riesgo como factor salarial a ex funcionarios del extinto DAS.”*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 21 de julio de 2020 (*archivo 04*) la cual fue inadmitida (*archivo 06*) ; una vez subsanada (*archivo 08*), a través de proveído del 13 de octubre de 2020 fue admitido el medio de control (*archivo 11*).

Por auto del 17 de enero de 2022 (*archivo 035*) se advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no se hace necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es viable dictar sentencia anticipada, por lo que se abstiene de fijar fecha para realizar audiencia inicial y ordena correr traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, y el Ministerio Público emita concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La entidad demandada **Fiduciaria la Previsora - PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Das y su Fondo Rotatorio** por intermedio de apoderado, presenta sus alegaciones finales (*archivo 38*), indicando que el acto acusado debe mantenerse incólume, pues expresamente los Decretos 1137 y 2646 de 1994 consideraron de manera expresa que la prima de riesgo no constituye factor salarial y el Consejo de Estado solo se ha referido a la prima de riesgo como factor salarial, exclusiva y excluyentemente, para liquidar la pensión de jubilación pero no con el alcance que le pretende otorgar la parte actora.

Refiere diversos pronunciamientos de diferentes Tribunales de casos similares en los que se ha indicado que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

La **parte demandante** no alegó de conclusión.

La **Agente Delegada del Ministerio Público** no rindió concepto en este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO, tiene derecho a que se le reconozca como factor salarial, la prima especial de riesgo que percibió con fundamento en los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994, como factor para liquidar el auxilio de cesantías y sus intereses, durante el tiempo en que prestó sus servicios al extinto DAS comprendido entre el 11 de julio de 2002 hasta el 31 diciembre de 2011, fecha a partir de la cual fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, sin solución de continuidad, caso en el cual es menester examinar la legalidad del acto administrativo que niega el derecho deprecado.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 1933 de 1989 estableció el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, indicando en su Artículo 1° que les asiste el derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional, así como las que dicho decreto establece.

Por su parte el artículo 4 del citado Decreto creó una **prima de riesgo** para dichos funcionarios, así:

“Artículo 4. 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.”

Luego, el Decreto 1137 de 1994 estableció la aludida prima en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994.”

Finalmente, el Decreto 2646 de 1994 determinó el carácter permanente de la prima de riesgo y la estableció de la siguiente manera:

“Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.

Artículo 2º. *Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.*

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.*

Parágrafo. *El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.*

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.”*

Ahora bien el artículo 18 del citado Decreto 1933 de 1989 determinó en forma expresa los *factores salariales* que se debían tener en cuenta para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad determinado que serían: *la asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo, los incrementos por antigüedad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicio, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de navidad, los gastos de representación, los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio y la prima de vacaciones.*

De otra parte, debe precisarse que mediante Decreto 4057 de 2011 se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y sus funcionarios retirados, fueron incorporados a otras entidades públicas, como la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, entre otras..

De las normas antes transcritas se determina con claridad establecieron entonces una prima de riesgo de carácter mensual para los empleados del extinto DAS, disponiendo expresamente que no constituye factor salarial para efectos del pago del auxilio de cesantías.

Sobre la prima de riesgo, el Consejo de Estado en providencia del año 2020² determinó con respecto a la inclusión como factor salarial del auxilio de cesantías lo siguiente:

“(…) desde una óptica histórica y exegética se puede concluir que la voluntad del legislador siempre ha sido que la prima de riesgo no constituya factor salarial. Lo anterior, no obstante la jurisprudencia de esta Corporación sostenga desde 2013 que la mentada prestación sí pueda ser catalogada como factor salarial, pero únicamente para efectos de determinar el ingreso base de cotización de la pensión de jubilación para aquellos servidores del extinto DAS que devengasen el factor en comento, es decir:

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia del 23 de enero de 2020, Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00610-01(0886-15).

- *La sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 determinó que la prima de riesgo percibida por los empleados del extinto DAS tenía un innegable carácter salarial al hacer parte de la contraprestación directa a que tenían derecho por sus servicios prestados en los diferentes cargos de la entidad, según lo previsto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994.*
- *Sin embargo, la providencia en cita solo hizo referencia a la posibilidad de incluir la prima de riesgo como factor salarial en el cómputo del IBC de la pensión de jubilación o de vejez de los servidores públicos que laboraban en el Departamento Administrativo de Seguridad. Ello se advierte al sostenerse que la finalidad de la unificación jurisprudencial en dicha ocasión consistía en: «[...] 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 tomada en cuenta para los fines indicados. [...]» (Subrayado de la Sala).*
- *En ese sentido, la prestación a la que aludió la sentencia de unificación se reitera, fue la pensión de jubilación o la de vejez, prestación que difiere del auxilio de cesantía, respecto del cual el legislador determinó taxativamente los factores salariales bajo los cuales se debe liquidar.*

(...)"

Dicha postura ha sido adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá³ en reciente pronunciamiento del 8 de junio de 2022, al considerar que siendo el legislador quien estableció que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, no resulta procedente otorgar efectos diferentes a la misma.

Sobre la potestad del legislador para definir que algunas remuneraciones que los empleados perciben de manera habitual y periódica no sean factor salarial, o sean tenidas en cuenta para efectos de liquidar sólo algunas prestaciones sociales la Corte Constitucional⁴ ha referido:

“13.- La Corte Constitucional elaboró en la sentencia C-279 de 1996 un conjunto de conceptos que se reiteran aquí para declarar la exequibilidad de la disposición demandada en el presente proceso. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales.

Subrayó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, que la actora había confundido dos conceptos cuya distinción era, a su juicio, indispensable: por una parte, el concepto de régimen salarial, y, por otra, la noción de salario. Dijo la Corte, que mientras el régimen salarial constituye el género, el salario, entretanto, es la especie. Así las cosas, agregó, por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales.” Concluyó la Corte, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores (...).”

³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Magistrada Ponente BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS. Sentencia del 8 de junio de 2022, Radicación número: 15001-33-33-009-2019-00263-01.

⁴ C-424 de 2006. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

10. CASO CONCRETO

En el presente asunto la pretensión principal está encaminada determinar si el señor Hom Fredy Alvarado Patiño tiene derecho a que la prima de riesgo que devengó durante el tiempo en que prestó sus servicios al extinto DAS, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de liquidar auxilio de cesantías e intereses a las cesantías.

Pues bien, conforme a la documental allegada al plenario se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios DAS desde el 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo el de Detective 208-07 en la Seccional Boyacá, en calidad de empleado público, devengando en dicho periodo de tiempo prima especial de riesgo del 35% de su asignación básica mensual. Igualmente, que a partir del 1° de enero de 2012, fue incorporado sin solución de continuidad a la Fiscalía General de la Nación. (fl. 67 archivo 03).

Aterrizando el supuesto fáctico propuesto en la demanda y la demostración de tales hechos, al marco legal y jurisprudencial antes citado, se arriba a la conclusión de que la *prima de riesgo* creada para los funcionarios de la precitada entidad, no constituye factor salarial para la liquidación del auxilio de cesantías.

Así se encuentra establecido por las normas que regulan dicha prima, lo cual se acompasa con la potestad del Gobierno Nacional establecida en el literal e, numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que le permite fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, en consonancia con la Ley 4 de 1992.

Ya se indicó que la Corte Constitucional⁵ explicó la potestad del legislador para definir que algunas remuneraciones que los empleados perciben de manera habitual y periódica no sean factor salarial, o sean tenidas en cuenta para efectos de liquidar sólo algunas prestaciones sociales.

Adicional a lo anterior debe indicarse que no existe regla de unificación para el asunto que nos ocupa, pues el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sólo la ha fijado en relación con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en materia pensional, sin que le sea posible la extensión de sus efectos a asuntos como el de las cesantías como lo ha precisado dicha Corporación en diversos pronunciamientos en sede de tutela⁶.

De otra parte y en lo que refiere a la pretensión de que se inaplique por inconstitucional el artículo 14 del Decreto ley 1933 de 1989 y la frase “*no constituye factor salarial*” contenida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1137 de 1994 y artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, tampoco se encuentra llamada a prosperar, pues no se observa vulneración a normas de rango constitucional o del bloque de constitucionalidad que la haga procedente como se solicita en la demanda, toda vez que se encuentran expedidos conforme a la potestad que le asiste al legislador.

⁵ C-424 de 2006. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

⁶ Consejo De Estado, Sección Segunda, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Sentencia del 31 de julio de 2020. Radicación número: 11001-03-25-000-2019-00217-00(1369-19); Consejo De Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Sentencia del 22 de octubre de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-06314-00(AC).

Entonces teniendo en cuenta que a través de petición el demandante solicitó la inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial para efecto de sus cesantías y de los intereses causados sobre las mismas, petición que le fue negada a través del oficio No. 20190992982041, bajo el argumento de que la Fiduprevisora no es empleador del accionante, y las situaciones inherentes a la relación del extinto DAS y sus usuarios se agotaron con la supresión de la Entidad y escapan al resorte de dicha Fiduciaria. Igualmente, que dentro del proceso de supresión se determinaron las obligaciones pendientes de pago sin que se encuentre obligación o acreencia pendiente de pago y en todo caso las normas que regulan la prima de riesgo determinan expresamente que no constituye factor salarial y en caso de serlo ha operado la prescripción (fls. 22 a 24 archivo 03).

Conforme a lo anterior, está demostrado de manera suficiente que al accionante no le asiste el derecho que reclama en la demanda y en esa medida, el acto enjuiciado no adolece de los vicios de nulidad endilgados, por lo que las pretensiones deben ser negadas.

11. DE LAS EXCEPCIONES

- **Falta de legitimación por causa pasiva**

Argumenta el apoderado de la entidad demandada que no existe responsabilidad que pueda ser indilgada al PAP FIDUPREVISORA S.A., DEFENSA JURIDICA DEL EXTINTO DAS y su FONDO ROTATORIO, como consecuencia de una acción u omisión, como lo señaló la propia parte actora en la narración del sustento fáctico de su demanda, ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Indica que el empleador oficial del demandante es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y sería a esta corporación a quien corresponde pronunciarse respecto de las peticiones realizadas por su empleada, pues el Gobierno Nacional suprimió los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas funciones trasladadas y ordenó la incorporación de los servidores que las cumplían - entre ellos la parte actora- en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores (artículo 6º del Decreto 4057 de 2011).

A lo anterior agrega que según lo ordenó el artículo 9º del Decreto 4057 de 2011 los archivos que contienen la historia laboral de la parte demandante reposan en FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN entidad que "sustituyó" como empleador al extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Finalmente considera que debe ser menester del despacho desvincular del proceso al Patrimonio Autónomo PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – y su Fondo Rotatorio por la Falta de legitimación por causa pasiva y quien debe comparecer dentro de este es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fls. 9-10 archivo 19).

La *parte actora* se opuso a la prosperidad de la excepción en discusión, indicando que la legitimación en la causa por pasiva está dada por mandato legal, en cabeza de la FIDUCIARIA LA PREVISORA- FIDUPREVISORA SA, en tanto, la isma ley que creó el Patrimonio Autónomo para la defensa jurídica del D.A.S y su fondo Rotario, esto es, la ley 1753 de 2015, en el inciso segundo del Art. 238 señaló:

“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”.

Concluye que como quiera que el objeto de la Litis versa sobre los derechos laborales de los demandantes, mientras laboraron para el extinto Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. función que no fue trasladada a ninguna de las entidades receptoras, es la FIDUPREVISORA S.A., la entidad legitimada para responder por los derechos de su representado. (fls. 2 y 3 archivo 22).

Descendiendo al fondo del asunto que nos ocupa encuentra el Despacho que respecto de la atención de procesos judiciales el Decreto 4057 de 2011, “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, dispuso:

“Artículo 18. Atención de Procesos Judiciales y de Cobro Coactivo. *Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión.*

Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva 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 el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá.

PARÁGRAFO. *Para los efectos de notificaciones judiciales que surjan posterior a la vigencia del presente Decreto, se señala como domicilio único la ciudad de Bogotá D. C.”*

Igualmente, el Decreto 1303 de 2014 “Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011”, en relación con la atención de procesos judiciales del extinto DAS determinó:

“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 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 Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios.

Los procesos judiciales se entregarán a las citadas entidades teniendo en cuenta los listados contenidos en los cuadros que hacen parte integral del presente decreto.

El Acta mediante la cual se hace entrega de los procesos deberá contener como mínimo:

1. El nombre e identificación del demandante o reclamante.
2. El número de identificación del litigob.
3. El valor de las pretensiones iniciales del demandante en el proceso o conciliación.
4. El despacho judicial en que cursa o cursó el proceso.
5. La última actuación del proceso.
6. El nombre y dirección del apoderado que representó al DAS.
7. Entidad que recibe el proceso.

Parágrafo. Con el propósito de garantizar la adecuada defensa del Estado la entidad que recibe los procesos deberá continuar atendiendo la gestión de los mismos, una vez estos le sean entregados, en los términos señalados en el presente decreto.

Artículo 9°. 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.”

Por su parte el artículo 238 de la ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, señala:

“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.”

De las normas antes transcritas se determina que los procesos promovidos contra el DAS, deberán ser entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, y de esta manera como la Fiscalía General de la Nación, a donde fue incorporado el demandante no hace parte de la Rama Ejecutiva, y no puede asumir como sucesora procesal del DAS en el presente asunto, le corresponde ser atendido por el Patrimonio Autónomo del extinto DAS a cargo de la Fiduprevisora, y en esa medida la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

• **Caducidad por la ausencia de periodicidad de la prestación del demandante.**

La entidad accionada excepcionó la caducidad argumentando que teniendo en cuenta los hechos presentados en la demanda en los cuales se señala que el demandante prestó sus servicios al hoy extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS del 11 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2011, los conceptos reclamados por parte del demandante, el señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO, no se pueden considerar prestaciones periódicas que lo habiliten para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante que dejaron de cancelarse, con ocasión de su retiro de la entidad, el 31 diciembre de 2011, perdieron cualquier eventual connotación de periodicidad.

Considera que al no tratarse de una prestación periódica y presentarse su retiro el 31 diciembre de 2011, el termino para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho feneció, el 31 de abril de 2012, y no con posterioridad, a pesar de que el demandante haya intentado revivir términos, solicitando mediante reclamación administrativa, la liquidación de sus prestaciones sociales incluyendo la prima especial de riesgo como factor salarial cuya respuesta desfavorable se dio mediante oficio No.20190992982041 del 24 de diciembre de 2019. (fls. 10 y 11 archivo 19).

La *parte actora* se opuso a la prosperidad de la excepción en discusión indicando que no ha operado el fenómeno de caducidad de la acción por cuanto la vinculación del demandante a la Fiscalía General de la Nación, se realizó por mandato legal, sin solución de continuidad.

Advierte que esta condición laboral “vinculación sin solución de continuidad”, es por mandato del Decreto ley 4057 de 2011, categoría laboral, si se le puede llamar de esa forma, que implica protección de los derechos de su mandante y una de las consecuencias jurídicas es que se entiende que no hubo ruptura de la relación laboral, máxime cuando el empleador sigue siendo el mismo, esto es la NACIÓN; por tanto, no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción, en los términos de la sentencia de unificación CE- SUJ004 DEL 2016, proferida por el Consejo de Estado, que señala que en tratándose del auxilio de cesantías los términos de prescripción y caducidad, empiezan a contabilizarse una vez se rompa el vínculo laboral, lo cual se reitera no ha sucedido en el caso del demandante. (fls. 3 y 4 archivo 22)

Al respecto, el Despacho recuerda que el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 sobre la oportunidad para demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 ibidem, dice:

"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 (...)"

Dicha norma es clara en determinar que la caducidad del medio de control opera cuando éste no se ejerce dentro de los cuatros (4) meses contados a partir del día siguiente a la fecha en que se efectuó la comunicación, notificación, ejecución o publicación del respectivo acto.

Ahora bien, el Consejo de Estado frente al tema de las cesantías, ha establecido como criterio la culminación o vigencia del vínculo laboral. En tal sentido, ha precisado que mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen la connotación de periódicas, pero la pierden una vez ocurre la desvinculación, pues a partir de ese momento se expide un acto administrativo que define el derecho y, por lo tanto, debe demandarse dentro de la oportunidad prevista por el legislador. Al respecto, ha indicado⁷:

"En lo que respecta al argumento de que se trata de una reclamación de prestaciones periódicas, la Sala debe precisar que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que no opera el fenómeno de la caducidad para demandar los actos que reconozcan o nieguen las mismas; sin embargo, al producirse la desvinculación del servicio, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente e reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finiquitar la relación laboral."

En este orden de ideas, mientras subsista el vínculo laboral, el auxilio de cesantías tiene la connotación de periódico pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo; igualmente, tales actuaciones no son definitivas pues solo adquieren este carácter cuando termina la relación laboral, momento en el cual se efectúa la liquidación final y el pago de la totalidad de la prestación.

Ahora bien, en el caso que no ocupa 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 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 reasignaron unas funciones y se dictaron otras disposiciones, en materia laboral, este Decreto consagró lo siguiente:

"(...) Artículo 6º. Supresión de empleos y proceso de incorporación. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, Expediente: 1174-2012, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

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(...). Subraya fuera de texto original.

Conforme a todo lo expuesto es oportuno hacer referencia a la Resolución 3433 del 29 de diciembre de 2011, por la cual se hace la incorporación y distribución en la Fiscalía General de la Nación de Servidores del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en la que se relaciona al señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO, como Asistente de Investigación criminalística V asignado a la Dirección Seccional CTI Tunja, así mismo el artículo segundo de la citada resolución reza: *“Las incorporaciones directas ordenadas en el presente acto administrativo se realiza sin solución de continuidad para todos los efectos legales y no requieren de posesión.”* (fls.68-71; Arch.09).

De igual forma es de tener en cuenta la certificación laboral expedida por la Fiscalía General de la Nación, calendada el 23 de diciembre de 2019 y obrante a (fls. 58-60; archivo 09), en la que se indica que consultado el sistema de Información Administrativo y Financiero SIAF, el señor HOM FREDY ALVARADO PATIÑO, desempeña el cargo de Técnico Investigador I.

Entonces, conforme a los elementos de juicio que obran en el proceso, el despacho concluye que la relación laboral no ha culminado como quiera que la vinculación del demandante a la Fiscalía General de la Nación, se realizó por mandato legal, sin solución de continuidad y por lo tanto, el interesado podía discutir el monto, contenido y alcance del derecho al auxilio de cesantías tanto en sede administrativa como judicial en cualquier tiempo. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Despacho encuentra que en el sub lite no se configura la excepción propuesta por la demandada.

12. CONDENAS EN COSTAS

Teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, norma que fue adicionada en sentido de establecer que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, interpretado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. José Ascensión Fernández Osorio, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, al decir que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

En este orden, esta instancia no impondrá condena en costas como quiera que la tesis de la parte actora contó con sustento argumentativo, pese a que no fue aceptada por el Despacho, suerte que siguen las agencias en derecho.

13. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”

FALLA:

Primero.- Declarar no probadas las excepciones de “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*Caducidad por la ausencia de periodicidad de la prestación del demandante*”, propuestas por pasiva.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda.

Tercero.- Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4bab4ce489ec3b3a22d77f5abbcd17f6d1b016f1fae968395fb91ba33d6662ea**

Documento generado en 15/07/2022 09:37:45 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>