



Cartagena de Indias D.T y C., nueve (9) de octubre de dos mil dos mil veinte (2020)

## **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-011-2014-00062-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JAVIER PANTOJA MORÓN</b>
<b>Demandado</b>	<b>DAS SUPRIMIDO- AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA - FIDUPREVISORA</b>
<b>Tema</b>	<i>Prima de riesgo- Factor salarial</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Sala de decisión<sup>1</sup>, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandada, contra la sentencia del 30 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## **III.- ANTECEDENTES**

### **3.1. La demanda<sup>2</sup>.**

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada por el señor JAVIER PANTOJA MORÓN, con la finalidad de que se accedan a las siguientes:

#### **3.1.1. Pretensiones**

*“PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° del decreto Nro. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter Superior contenidos en el artículo 53 C.N., que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos sobre las normas laborales, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310-18-201318058, notificado el 16/10/2013,*

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folios 1-16 Cuaderno No. 1



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".*

*SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.*

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

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

### **3.1.2. Hechos**

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El accionante laboró al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS entre el 20 de enero de 1998 y el 31 de enero de 2012, ocupando el cargo de Detective 09 del Área Operativa y devengando la suma de \$1.272.133 como asignación básica.

Estando al servicio del DAS, mensualmente le era pagada una prima denominada "*prima de riesgo*", ordenada por el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada por los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994. La prima de riesgo percibida por el accionante era equivalente a un 35% de su asignación básica mensual.

En el inciso 3 del artículo 4057 de octubre 31 de 2011, por medio del cual se suprimió el DAS, se dispuso que los servidores públicos serían incorporados sin solución de continuidad y en las mismas condiciones de carrera o provisionalidad que ostentaban en el DAS; por lo tanto, los funcionarios que fueron incorporados a otras instituciones, se les canceló a su respectiva cuenta las prestaciones adeudadas hasta ese momento.

Que elevó reclamación administrativa dirigida al DAS en proceso de supresión el 04 de octubre de 2013, se solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro,



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

como son las primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, cesantías e intereses de cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo.

En el acto administrativo particular número E-2310-18-201318058 notificado el 16 de octubre de 2013, le fue negado el reconocimiento solicitado y en el mismo no se le indicó cuáles recursos procedían, quedando agotada la vía gubernativa.

### **3.1.3. Normas Violadas y Concepto De Violación**

Constitución Política, artículos 4, 53 y 93; Código Sustantivo de trabajo, artículo 127.

Como cargo de nulidad del acto administrativo ha sido propuesto el de violación de las normas en las que debería fundarse. Considera que la interpretación restrictiva que se ha dado al concepto de salario resulta en contradicción de la jurisprudencia e invoca diversos pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional<sup>3</sup> como del Consejo de Estado<sup>4</sup> sobre el particular.

En esencia, considera que la prima de riesgo al tratarse de un emolumento devengado en forma permanente, habitual y como contraprestación por la prestación del servicio y a favor de todos los servidores del DAS, se hace necesario tenerle como factor salarial incluso para efectos prestacionales. Ello ha sido reconocido por el Consejo de Estado<sup>5</sup> para efecto de tener en cuenta la prima de riesgo como parte del IBL para efecto de la liquidación del monto de las pensiones de los servidores del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD.

El carácter salarial de la prima de riesgo ha sido igualmente reconocido por la Sala de Consulta y servicio Civil en concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002. En consecuencia, el Artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 debe ser inaplicado en tanto resulta incompatible con la Constitución Política.

Al tenerse en cuenta la evolución normativa de la Prima de Riesgo, se observa que el Decreto 1933 de 1994 no la excluyó como constitutiva de salario.

<sup>3</sup> Corte Constitucional – Sentencia SU-995 de 1999.

<sup>4</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN. Radicado 76001-23-31-000-2007-00249-01 (0953-10)

<sup>5</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11)



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

Lo dispuesto en los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994 al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, vulneran el principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos que contempla el Artículo 58, así como la prohibición que establece el Artículo 53 de extinguir los derechos adquiridos mediante leyes posteriores.

En virtud de lo anterior, se configura la posibilidad de la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad en los términos del Artículo 4 de la Constitución Política.

Tal incongruencia incluso se evidencia en 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”, que reconoce tácitamente el carácter salarial de la prima de riesgo al punto de incorporarla en la asignación básica, constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales y así no desmejorar las condiciones salariales del personal que se habría de incorporar a las entidades receptoras.

## **3.2 CONTESTACIÓN**

### **3.2.1 DAS (Suprimido)<sup>6</sup>**

La demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN SUPRESIÓN” contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos sostuvo que los mismos son ciertos con excepción de lo relacionado con el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

De acuerdo al Decreto 2646 de 1994, el Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994, la prima de riesgo, no se incluyó como factor salarial, a pesar de constituirse de manera habitual y periódica, no constituía *per se* en un factor salarial, en virtud de lo dispuesto en la ley.

Que la prima de riesgo sobre la pensión de jubilación, la concedió el Consejo de Estado, en razón de la interpretación de las normas que rigen la pensión de jubilación, más no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones; sea contraria a las normas constitucionales, tal como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia C- 279 de 1996.

---

<sup>6</sup> Folio 41- 53 Cuaderno No. 1



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

Indica que el acto acusado no es un acto definitivo, no es un acto susceptible de ser demandado judicialmente, es decir, no reúne los presupuestos necesarios para que se considere un acto administrativo definitivo, por el contrario, es un acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional.

Como excepciones de fondo propuso las siguientes: (i) inepta Demanda por inexistencia del acto administrativo; (ii) caducidad del medio de control; (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iv) falta de Interés para pedir.

### **3.1.2 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>7</sup>**

Contentó la demanda solicitando que se denieguen las pretensiones de la misma; en cuanto a los hechos expuso que son ciertos.

En su defensa sostuvo que la prima de riesgo, no se incluyó como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS, y que, a pesar de constituirse de manera habitual y periódica no constituía, per se, en un factor salarial en virtud de los dispuesto en la ley.

Aduce el demandado que, se desconoció el presupuesto procesal de demanda en forma, por lo que se incurrió en una inaptitud sustantiva de la misma, como quiera que el acto objeto de controversia vía administrativa y judicial debió ser aquel que hizo la liquidación de las prestaciones sociales del actor, en la cual se le omitió el derecho a reconocerle la prima de riesgo.

Arguye que al solicitar la nulidad del acto administrativo E-2310,18-201318058 del 16 de octubre de 2013, que dio respuesta a la reclamación administrativa realizada por el demandante el 04 de octubre de 2013, hace de dicha petición una solicitud de revocación directa del acto administrativo y esa actuación no es controlable en sede contenciosa administrativa por prohibición expresa del artículo 169 numeral 3 del CPACA.

Alega que la participación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el proceso, es únicamente para la defensa de los intereses de la Nación, pero ello no indica que pueda ser condenada como demandada en este asunto.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes: (i) inexistencia del Derecho reclamado; (ii) inexistencia de la Obligación; (iii) Buena fe de parte del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad; (iv) Prescripción Trienal

---

<sup>7</sup> Folios 154 – 166 Cuaderno 1.



13-001-33-33-011-2014-00062-01

### 3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>

El Juez de primera instancia teniendo en cuenta el estudio del acervo probatorio, encontró acreditado que el accionante devengo en el cargo de detective profesional, la prima de riesgo de forma permanente y habitual, por lo que la misma tienen un carácter salarial; soportando tal argumento en los pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Aduce que el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, vulnera el principio de la realidad sobre la forma, sin embargo, esto no obsta para imponer el hecho de que la prima de riesgo si constituye un verdadero factor salarial. Aduce el Togado que, en sujeción a lo anterior es necesario ordenar a la entidad accionada que liquide y pague las prestaciones, esto es: prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías a favor del demandante, incluyendo la prima de riesgo.

Agrega que, la entidad que tiene legitimación pasiva para responder por las pretensiones de la demanda, es la FIDUPREVISORA S.A, en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS y su Fondo Rotatorio y de su beneficiaria Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El A quo argumenta que, no se configuró el fenómeno de la prescripción sobre las diferencias causadas.

En vista de lo anterior, decide inaplicar el artículo 4 del decreto 2646 del 1994 y declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. E-2310,18-201318058; y como consecuencia de ello a título de restablecimiento del derecho se requirió la reliquidación y el pago de las prestaciones sociales que se hubieren causado a favor del Señor JAVIER JOSÉ PANTOJA MORÓN (cesantías, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones) entre el 20 d enero de 1988 y el 31 de enero de 2012, incluyendo la prima de riesgo en la base de liquidación como factor salarial.

Como consecuencia del fallo favorable a la parte demandante, condena en costas al demandado según lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, fijando como agencias en derecho el 2% del valor de las

<sup>8</sup> Folios 287-293 cuaderno No. 2



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

pretensiones reclamadas; sin embargo, en la parte resolutive ordena el 5% basadas con la estimación hecha en la demanda.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.4.1 Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA S.A. 9:**

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que el operador jurídico no tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. Alega que la providencia dictada por el Juez Once Administrativo adolece de defecto sustantivo por la interpretación indebida de las normas jurídicas que establecieron expresamente que la prima de riesgo, pues la misma no constituya factor salarial. Sostuvo, que el Juez en su providencia se fundamentó en un precedente judicial no vinculante del Consejo de Estado, puesto que el mismo solo es aplicable a la reliquidación pensional, el que a su juicio es un tema distinto al que se debate.

En el escrito de apelación, el impugnante hace un recuento normativo de las leyes y decretos que regulan el tema de la prima de riesgo, para concluir que la misma no constituye factor salarial. Lo anterior, fundamentado principalmente en los artículos 16 y 17 del Decreto 1933/89, en el que se describen los factores a tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS.

Agrega que, la vigencia de la normatividad del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, se le pagó al señor Pantoja Morón la prima de riesgo como prestación especial sin constituirlo como factor salarial, teniendo en cuenta los decretos presidenciales.

El recurrente adujo que se debe tener en cuenta la estructura del Estado Social de Derecho, respecto al ordenamiento jurídico, debido a que la normatividad que ha regulado la situación del aporte accionante es uniforme al considerar expresamente que la prima de riesgo no es un factor salarial.

Concluye que, en el caso de que se confirme la sentencia de forma íntegra se le debe dar aplicación a la prescripción trienal, teniendo en cuenta que el actor radico petición de reclamación el 04 de octubre de 2013, por lo que a su juicio se le debe reconocer la prima de riesgo a partir del 03 de octubre de 2010. Por último, solicita se modifique o se aclare el numeral quinto del fallo condenatorio, que se refiere a las costas, teniendo en cuenta no existe congruencia entre la parte motiva y resolutive.

<sup>9</sup> Folios 298 - 312 Cuaderno No. 2



13-001-33-33-011-2014-00062-01

### **3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

El presente asunto, fue repartido a este Tribunal por medio de acta del 17 de enero de 2019<sup>10</sup>, siendo admitido el mismo el día 26 de abril de 2019<sup>11</sup>; y el 09 de septiembre de 2019 se procedió a correr traslado para alegar de conclusión<sup>12</sup>.

### **3.6 ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**3.6.1. Parte Demandante**<sup>13</sup>: Reitera los argumentos esbozados en la demanda y los establecidos en el fallo de primera instancia.

**3.6.2. Parte Demandada**<sup>14</sup>: Insiste en los argumentos expuesto en el recurso de apelación, enfatizando en el hecho que la A quo, no tuvo en cuenta los planteamientos jurídicos esbozados por la entidad.

**3.6.3. Ministerio Público**<sup>15</sup>: El Agente del Ministerio Público, solicita que la sentencia de primera instancia se confirmada en su totalidad, disponiendo la prescripción de las diferencias salariales prenotada, salvo para las cesantías.

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

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1 Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

---

<sup>10</sup> Folio 3 c. 3

<sup>11</sup> Folio 5 c. 3

<sup>12</sup> Folio 9 c. 3

<sup>13</sup> Folios 23-33 Ibidem

<sup>14</sup> Folios 13-22 Ibidem

<sup>15</sup> Folios 34- 37 Ibidem



13-001-33-33-011-2014-00062-01

## 5.2. Problema jurídico.

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos en el recurso de alzada por la parte demandada, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo?*

Así mismo, Con relación a los fundamentos del recurso de apelación, se establecerán las siguientes:

*¿Ha operado el fenómeno prescripción sobre las prestaciones del actor?*

*¿Debe corregirse la condena en costas realizada por el juez de primera instancia?*

## 5.3 Tesis de la Sala

La Sala se encuentra parcialmente de acuerdo con la sentencia del 30 de octubre de 2018, proferida por el Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena. Lo anterior, teniendo en cuenta que la prima de riesgo, al ser percibida en forma permanente y mensual por el Sr. JAVIER PANTOJA MORÓN como ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, tiene el carácter de ser factor salarial y, por ende, debe ser incluida en la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, así como lo ha señalado la jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado; en consecuencia, se encuentra ajustado a derecho la declaratoria de nulidad del acto acusado.

Por otro lado, este Cuerpo Colegiado modificará la posición adoptada en primera instancia sobre la prescripción, pues con la presentación de la solicitud de reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial se interrumpió el fenómeno prescriptivo de los derechos prestacionales del actor, salvo las cesantías; por lo que el reconocimiento de la prestación se debe hacer desde el tres (03) de octubre de 2010, hacia adelante.

En lo que atañe, a la condena en costas la Corporación modificara la decisión estipulada en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, toda vez que, el A quo en la parte considerativa fijo un porcentaje distinto al dispuesto en la resolución del proveído.



13-001-33-33-011-2014-00062-01

## 5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### 5.4.1. Normatividad que regula la prima de riesgo

La prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS fue creada por el Decreto 1933 de 1989. En su Artículo 4 el mencionado Decreto dispuso:

*“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.”*

El Decreto 1137 de 1994 por su parte dispuso en su Artículo 1 lo siguientes:

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

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

El Decreto 2646 de 1994 dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1°. 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 2°. 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.*



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*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."*

El análisis de estas disposiciones permite concluir que la prima de riesgo inicialmente fue reconocida al personal que estaba desempeñando tareas operativas y con el tiempo se extendió a la totalidad del personal, quedando diferenciados, solamente, en cuanto al porcentaje que le corresponde a cada uno dependiendo del cargo. La norma prevé que la prima de riesgo tiene dos características que resultan relevantes al momento de definir su naturaleza, su carácter mensual y su carácter permanente.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la prima de riesgo se reconocía a un determinado grupo de servidores públicos en virtud de la labor cumplida, sin consideraciones subjetivas o de otra naturaleza distinta a la naturaleza de su servicio. Que, aunque se haya definido en el Inciso final del artículo 1º del Decreto 1137 de 1994 y el Artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 que la prima de riesgo no tendría un carácter salarial, ello no puede desconocer el principio de primacía de la realidad a efecto de desnaturalizar una determinada prestación.

El Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>16</sup>, hace referencia al carácter salarial de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de la mesada pensional. Al respecto expone:

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sección segunda, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

“En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales<sup>17</sup>, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991<sup>18</sup> estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: “Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo.”<sup>19</sup>

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de

<sup>17</sup>Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>18</sup>«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos.»

<sup>19</sup> Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores." (Subrayas fuera del texto).*

Dicha providencia, incluye la prima de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación de la pensión de los detectives y demás funcionarios que se rigen por el régimen especial, toda vez que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio.

Es necesario precisar, que con posterioridad a esta sentencia de unificación no se ha proferido ningún cambio jurisprudencial.

### **5.4.3 Prescripción**

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva hace relación con el deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la Ley, es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por la ley, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés por parte de quien ostenta el derecho.

Frente a la prescripción de derechos, la Corte Constitucional<sup>20</sup> ha señalado:

*"La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces.<sup>21</sup> A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada.*

Ahora bien, la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se encuentra establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, así:

<sup>20</sup> Sentencia C-807/09. Referencia: expediente D-7735. Magistrada Ponente Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

<sup>21</sup> Artículos 2535 a 2545 del Código Civil



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.*

Así mismo, el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso:

*“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.*

*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 sólo por un lapso igual.”*

Sobre la interrupción de la prescripción el Consejo de Estado<sup>22</sup> sostuvo:

*“La prescripción, es una forma de extinguir el derecho de acción que emana de un determinado derecho sustancial. Lo que realmente prescribe es el derecho a presentar una pretensión concreta. (...). Ahora bien, en lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho Decreto “prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”. A su turno el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, señala que las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, “prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”. (...).”*

Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de 2008. Radicación número: 23001-23-31-000-2002- 00244-01 (2152-06)



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1 Hechos probados**

- El demandante elevó reclamación administrativa el 04 de octubre de 2013, solicitando se reliquide sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo. (Folios 18 - 19).
- La subdirectora de Talento Humano, por medio de Oficio N° E-2310,18-201318058, da respuesta a la solicitud incoada por el actor, en la que reitera que la prima de riesgo no es un factor salarial (Folios 20 -21).
- Certificado N° S-2016-014766 del 18 de febrero de 2016, expedido por el Jefe de Grupo de Talento Humano DIJIN, en el que se hace constar que el señor JAVIER ANTONIO PANTOJA MORÓN no hizo, ni ha hecho parte de la planta del personal no uniformado de la Policía Nacional (Folio 174).
- Escrito del 2 de enero de 2012, por medio del cual el señor JAVIER ANTONIO PANTOJA MORÓN, presenta su renuncia al cargo de Detective Profesional Grado 208-09 del DAS, a partir del 31 de enero de ese año (fl. 220); y Resolución 0006 del 3 de enero de 2012, por medio de la cual se acepta la renuncia (fl. 220-221)
- Certificado de liquidación de haberes pagados al actor entre marzo y mayo de 2012, en el que se encuentran los siguientes emolumentos: prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, prima especial de riesgo (en un 35%) y la asignación básica, entre otros (fl. 259).

### **5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el presente asunto se demanda la nulidad del acto administrativo número E-2310-18-201318058, mediante el cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales del señor JAVIER ANTONIO PANTOJA MORÓN, con inclusión de la prima de riesgo.

En sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* consideró que había lugar a inaplicar el artículo 4 del decreto 2646 del 1994 y declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. E-2310,18-201318058, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la forma, toda vez que la prima de



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

riesgo sí constituye un verdadero factor salarial. Expuso, que no se configuró el fenómeno de la prescripción toda vez que no se habían cumplido los 3 años con los que contaba el actor para demandada. Adicionalmente, fijó como agencias en derecho el 2% del valor de las pretensiones reclamadas; sin embargo, en la parte resolutive ordenó pagar el 5%.

La FIDUPREVISORA S.A, manifestó su desacuerdo con la decisión, e interpuso recurso de apelación indicando que en primera instancia no se tuvo en cuenta la sentencia C-590 del 08 de junio de 2005; encontrándose que el Juez en su providencia se fundamentó en un precedente judicial no vinculante del Consejo de Estado, puesto que el mismo solo es aplicable a la reliquidación pensional. Se mantuvo en la afirmación de que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que no se deben reliquidar las prestaciones del actor. Que, en el caso de que se confirme la sentencia, este Tribunal declare la prescripción de los derechos, y solo se reconozca la prima de riesgo a partir del 03 de octubre de 2010. Por último, solicita se modifique o se aclare el numeral quinto del fallo condenatorio, que se refiere a las costas.

- Del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial

Teniendo en cuenta lo anterior, procede esta Corporación a resolver el caso bajo estudio, verificando, primeramente, si el actor le asiste derecho a reclamar la prima de riesgo como factor para reliquidar sus prestaciones sociales definitivas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo no constituye factor salarial; sin embargo, el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, ha determinado que, la prima de riesgo es uno de los factores que se debe tener en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones; que, el hecho de que no se tenga en cuenta como factor salarial, no es óbice para que la misma no se incluya al momento de realizar la liquidación la cesantías.

Así las cosas, según lo expuesto por el Consejo de Estado la prima de riesgo es factor salarial para efectos pensionales, pero a pesar que no indica de manera específica con relación a la liquidación de las prestaciones sociales, debe dársele una aplicación extensiva a lo manifestado por el alto Tribunal Contencioso, en el entendido que el mismo razonamiento que hizo la Corporación para tener en cuenta la prima de riesgo como factor para el ingreso base de liquidación pensional, debe ser aplicado para la liquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que se trata de una suma



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

que se recibe de manera periódica y habitual, quedando claro con la sentencia de unificación la naturaleza salarial de la prima de riesgo.

En consecuencia, el actor, apoyado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue recibida de manera habitual y periódica, toda vez que el mismo ostentó el cargo de detective grado 208-09 en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad y devengaba la prima de riesgo desde la vigencia del Decreto 1933 de 1986.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el argumento del recurso de apelación, consiste en que la normatividad no le da el carácter de factor salarial a la prima de riesgo, esa circunstancia, no desvanece las consideraciones de la providencia de primera instancia, por lo tanto, la Corporación, comparte la interpretación extensiva que se hace de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que establece a la prima de riesgo como factor en el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional.

Ahora bien, atendiendo que en la sentencia de primera instancia se declara la inaplicación por inconstitucional del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994; esta Corporación, con relación a la excepción de Inconstitucionalidad, explica que ésta es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar*



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”<sup>23</sup>*

En el caso en estudio, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no le confiere el carácter de factor salarial a la prima especial de riesgo, lo que en principio impediría que la misma sea tenida en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicha prima; no obstante, esta Corporación, considera que el A quo actuó correctamente al inaplica la referida norma, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, y para la cual se encuentra facultado según lo dispuesto en el art. 148 del CPACA, toda vez, que la misma vulnera el derecho a la igualdad de la demandante.

Corolario de lo expuesto, para darle respuesta al primer interrogante planteado como problema jurídico, esta Corporación, dándole una aplicación extensiva a lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia transcrita, sostiene que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, toda vez que se trata de una suma que la accionante recibe de manera periódica y habitual, que, aunque el Decreto 2646 de 1994 le niegue la condición de factor salarial, sí constituye una retribución directa a la prestación del servicio.

En esta oportunidad cabe resaltar que, en lo que se refiere a la procedencia del reconocimiento de la prima de riesgo, como factor para reliquidar las prestaciones sociales de los empleados del DAS, no existe un criterio uniforme, por lo que el Consejo de Estado ha expuesto que:

*“En el sub lite se observa que el tutelante alega que la providencia objeto de reproche adolece de desconocimiento del precedente, comoquiera que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013<sup>14</sup>, concluyó que la prima de riesgo*

<sup>23</sup>CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., Quince (15) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719) Actor: JOSE ALBERTO CASTRO HOYOS Y CIA S.C.A. CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES.



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

*devengada por el personal del entonces DAS se debía tener en cuenta para efectos pensionales, lo que, a su juicio, no resultaba aplicable para el cálculo de otras prestaciones sociales, sin embargo, los magistrados accionados confirmaron la decisión de acceder a las pretensiones ordinarias con fundamento en una interpretación extensiva de lo planteado en el referido fallo de unificación.*

*Al respecto, resulta oportuno anotar que, en efecto, la sección segunda del Consejo de Estado, a través de la providencia enunciada en el párrafo precedente, unificó su criterio respecto de si la prima de riesgo que devengaba el personal del extinguido DAS debía hacer parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, en el sentido de ordenar su inclusión por tener la naturaleza de factor salarial. En ese fallo se dijo: (...)*

*De lo anterior se colige que en la providencia acusada, los señores magistrados de la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogieron la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013<sup>15</sup>, en la que esta Corporación precisó que la prima de riesgo que devengaban los empleados del extinguido DAS tiene naturaleza salarial para efectos de reconocimientos pensionales, debido a que, bajo la óptica de los principios laborales de primacía de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil, consideraron que dicha postura también puede aplicarse para liquidar las demás prestaciones sociales de los mentados servidores y, en esa medida, no es dable atribuirles desconocimiento del precedente ni de las garantías superiores del actor, máxime cuando en su argumentación colmaron los criterios de suficiencia y transparencia en el deber de motivar las decisiones judiciales. Por consiguiente, no se advierte trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y debido proceso del actor, por cuanto los magistrados accionados determinaron que aunque el mentado fallo de unificación se refirió a la prima de riesgo como factor salarial únicamente para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación de los funcionarios del entonces DAS, al devengar de manera periódica dicho emolumento es procedente ordenar su inclusión con el propósito de calcular otras prestaciones sociales, dado que ello le otorga a dicho factor carácter salarial.*

*Sobre el particular, esta Sala reitera su criterio en cuanto a que el ejercicio del razonamiento que efectúa el juez natural, al construir la decisión judicial, hace parte de su autonomía e independencia, ámbito que debe ser respetado por el de tutela cuando no observa vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, que haga necesaria su intervención.*

*En ese orden de ideas, comoquiera que los magistrados accionados soportaron su decisión en la jurisprudencia del Consejo de Estado que estimaron aplicable (sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013), no incurrieron en desconocimiento del precedente.*

*A partir de los anteriores prolegómenos, comoquiera que la sentencia de 12 de marzo de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección B de la sección segunda), con la cual se desató en segunda instancia la demanda de nulidad*



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

y restablecimiento del derecho 11001-33-35-009-2014-00183-02, no adolece de desconocimiento del precedente, se impone negar el amparo deprecado"<sup>24</sup>.

- Sobre la prescripción

Encuentra esta Judicatura que el actor viene reclamando en la demanda, que a título de restablecimiento del derecho "se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, **causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro** y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo".

A su turno, la Juez de primera instancia ordenó lo siguiente: "se ordena a (...) reliquidar y pagar las prestaciones sociales que se hubieran causado a favor del señor JAVIER JOSÉ (sig) PANTOJA MORÓN (cesantías, bonificación de servicios, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones), **entre el 20 de enero de 1988 y el 31 de enero de 2012**"

La Fiduprevisora en el recurso de apelación expone inconformidad con la decisión adoptada en la providencia de primera instancia, en lo que se refiere a que la prima de riesgo se le debe reconocer al actor, a partir del 03 de octubre de 2010; por haber operado el fenómeno de la prescripción sobre los montos generados con anterioridad.

Encuentra esta judicatura que, los derechos reclamados son de tracto sucesivo; que el señor PANTOJA MORÓN dejó de laborar para el DAS el 31 de enero de 2012, presentando la debida solicitud de reliquidación de sus haberes el 4 de octubre de 2013; en ese orden de ideas, advierte esta Judicatura que los derechos causados con anterioridad al 3 de octubre de 2010 se encuentran prescritos.

Teniendo en cuenta los anterior, la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas al actor deberá hacerse únicamente durante el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2010 y el 31 de enero de 2012, momento de terminación de su vínculo con el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03672-00(AC)



**13-001-33-33-011-2014-00062-01**

En lo que respecta la prescripción de las cesantías, se debe tener en cuenta que esta es una prestación social de la cual el trabajador solo puede disponer libremente cuando se termina el vínculo laboral que lo liga con su empleador, por ello, durante la vigencia de este vínculo, no puede acceder a ella sino en casos especiales, como lo son las solicitudes de anticipos parciales de cesantía. A su vez, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin ningún obstáculo de dicha prestación, pues la obligación del empleador, en ese momento, es la de entregarla directamente a quien fue su servidor o a través del fondo administrador de cesantías al que se encuentre afiliado.

En tal virtud, el término de prescripción de las cesantías solo se empieza a contar a la finalización del vínculo laboral, en este caso particular, el día 31 de enero de 2012, momento en el que el ex trabajador debió recibirla y beneficiarse de ella; así las cosas, el señor PANTOJA MORÓN tenía hasta el 31 de enero de 2015 para realizar la reclamación de este derecho y, como quiera que lo hizo el 4 de octubre de 2013, debe comprenderse que la misma se realizó en tiempo.

- De la condena en costas

De igual forma, impugna el hecho de que el Juez de primera instancia haya resuelto condenar al pago en agencias en derecho por el valor del 5% de las pretensiones, cuando en el cuerpo considerativo del proveído estimo que el mismo sería del 2%, por lo que indica que tal decisión carece de congruencia.

Atendiendo el segundo punto, objeto de apelación, encuentra este Cuerpo Colegiado que, el Juez de Primera instancia fija agencias en derecho a la demandada por un porcentaje del 5%, por una suma de TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL NOVENTA Y CINCO PESOS (\$318.095); diferente al considerado en la parte motiva, el cual estimó por el 2% del valor de las pretensiones, esto es por la suma de CIENTO OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$180.682).

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal procederá a modificar la sentencia en comento, para indicar que en la misma solamente se condena en costas; lo anterior teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

Esta Sala de Decisión, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo que los Juzgados vienen incurriendo en una aplicación indebida del artículo 365 del CGP., concretamente, de la interpretación del numeral 2 de dicho artículo, cuando



13-001-33-33-011-2014-00062-01

dispone que la condena se hará en la sentencia, dicha expresión debe interpretarse armónicamente con el numeral 1° de la norma en cita, que dispone que la condena se hará en esa providencia, **pero su liquidación, que no es más que la tasación o materialización en concreto de la condena impuesta en la sentencia, debe hacerse conforme lo ordena el artículo 366 del mismo estatuto**, que establece lo siguiente:

**“ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.
2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.
3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

**4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.**

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.



13-001-33-33-011-2014-00062-01

Así las cosas, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada, tanto las de primera, como las de segunda instancia, y estarán a cargo del secretario del juzgado o tribunal de primera instancia; además, contra las mismas solo proceden los recursos de reposición y apelación contra el auto que las apruebe.

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que en este evento se liquidaron las costas en la misma sentencia, y la misma presenta incongruencia entre la parte motiva y resolutive en este aspecto, esta Corporación procederá a modificar la sentencia impugnada, para indicar que en la misma solamente **se condena en costas**; pues la liquidación de las mismas debe hacerse por medio de providencia posterior, conforme lo prevé el artículo 366 del CGP.

#### **5.6 De la condena en costa en segunda instancia.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este caso en particular, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas, como quiera que el recurso de apelación fue parcialmente favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI.- FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del 30 de octubre de 2018, el cual quedará así:

**“PARÁGRAFO:** Declárese que los derechos prestaciones del señor *JAVIER JOSÉ (sig) PANTOJA MORÓN*, anteriores al 3 de octubre de 2010 se encuentran prescritos, con excepción de las cesantías, según lo indicado en esta providencia”.



13-001-33-33-011-2014-00062-01

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia recurrida de 30 de octubre de 2018, el cual quedará así:

“**QUINTO:** Se condena en costas a la parte accionada”.

**TERCERO:** En lo demás **CONFIRMAR** sentencia del 30 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: ABSTENERSE DE COSTAS** en esta instancia.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 065 de la fecha*

### **LOS MAGISTRADOS**

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN