



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

**Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 168 – 2017**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2014-00096-00
Demandante: Martha Yaneth Rubio Umba
Demandado: DAS – Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Tema: Reajuste de Prestaciones – Prima de riesgo

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de diciembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las doce y cinco de la tarde (**12:05 p. m.**), la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **Martha Yaneth Rubio Umba** contra el **DAS – Agencia Nacional de Defensa Jurídica – PAP Fiduprevisora S.A.**, actuación con radicado 110013335-017-2014-00096-00.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

1. Apoderado del demandante: WILLBER FABIAN VILLALOBOS BLANCO, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.121.844.991 de Duitama y T.P. 218.201 del C.S. de la J., quien presenta sustitución de poder y a quien se le reconoce personería para los efectos y en los términos del memorial poder aportado. Autoriza notificaciones al correo electrónico: clinicajuridica@une.net.co.

2. Apoderado de PAP Fiduprevisora S.A y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica: JULIO ALEXANDER MORA MAYORGA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 79.690.205 de Bogotá, Tarjeta Profesional No. 102.188 del C.S.J., autoriza notificaciones al correo electrónico julioamora@yahoo.es. Quien se le reconoce personería para los efectos y en los términos del memorial poder aportado.

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público y apoderado de la parte demandante. Decisión adoptada mediante auto de sustanciación N° 599.

Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna.

B. SANEAMIENTO (00.04.58)

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado; sin embargo, se concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

Sin manifestación de las partes, en consecuencia se decide no hacer saneamiento alguno.

Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio No. 766, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

C. EXCEPCIONES (00.05.20)

Dentro del término de traslado concedido mediante providencia del 17 de marzo de 2017, la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.**

Por su parte el PAP FIDUPREVISORA S.A. contestó la demanda (ff. 142 a 151), conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A y, propuso las excepciones previas de **inepta demanda** y **falta de legitimación en la causa por pasiva**, última sobre la cual este Despacho se remite a las consideraciones expuestas en las providencias del 9 de agosto de 2016 y 17 de marzo de 2017 (ff. 126, 127 y 166), aunado a la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Auto del 14 de junio de 2016¹.

1. Requisito de Procedibilidad – Recurso de apelación.

Respecto de la excepción de inepta demanda planteada por el apoderado del **PAP FIDUPREVISORA S.A.**, se indica que el inciso tercero del artículo 76 ibídem, consagra que *<<El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción>>* (resaltado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 161 del CPACA determina que *<<cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. (...). Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral>>*. (Resaltado fuera de texto).

En el presente asunto, se observa que el acto administrativo demandado es el oficio E-2310,18-2013240453 que obra a folio 20 de la actuación en el que la administración no indicó los recursos que legalmente procedían, siendo un deber legal contemplado en el inciso segundo del artículo 67 del CPACA, razón suficiente para declarar la no prosperidad de la excepción alegada.

Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio No. 767, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO (00.08.40)

A. LOS HECHOS

¹ M.P. Amparo Oviedo Pinto. Providencia en la que se concluyó que: "En consecuencia, el Despacho, en el *sub examine*, encuentra que es indebida la representación judicial de la parte demandada, que en principio lo fue el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en supresión, dado que se vinculó como sucesora procesal de dicha entidad, a la Nación – Fiscalía General de la Nación, cuando corresponde vincular en tal calidad a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 7º¹ y el inciso primero del artículo 9º¹ del decreto 1303 de 2014, en concordancia con lo señalado en el artículo 18 del decreto ley 4057 de 2011, relación jurídica que fue reiterada en el artículo 1º del decreto 108 de 2016".

Revisada la demanda y la contestación por parte del PAP FIDUPREVISORA S.A., el Despacho advierte que no existe controversia en torno a los hechos 5, 9, 15, 16 y 18 consignados en la demanda, referentes al pago habitual y periódico de la prima de riesgo, a los factores de salario contenidos en el Decreto 1932 de 1989, a la supresión del DAS y la incorporación de los servidores públicos a las entidades receptoras, a la reclamación administrativa y a la solicitud de conciliación extrajudicial.

Los demás hechos no fueron aceptados por la entidad por lo tanto deberán someterse a todo el debate probatorio. En cuanto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, todos los hechos serán objeto del debate.

B. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

- 1) Que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, se declare la nulidad del **acto administrativo E-2310,18-201320453 del 23 de noviembre de 2013**, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo.
- 2) En consecuencia, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se reconozca y pague, debidamente indexadas, la reliquidación de todas las primas legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, 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 con integración de la prima de riesgo.
- 3) Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.
- 4) Que se condene en costas a la entidad demandada.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda el apoderado del PAP FIDUPREVISORA S.A. hizo citas jurisprudenciales y señaló que la tendencia jurisprudencial es no inaplicar las normas que expresamente disponen que la prima de riesgo no constituye factor salarial y se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el acto administrativo demandado fue expedido con base en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, según el cual la prima de riesgo no constituye factor salarial.

D. PROBLEMA JURÍDICO (00.09.24)

En tal virtud, para dilucidar la problemática planteada corresponde determinar si al demandante le asiste o no el derecho a la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de las prestaciones sociales reconocidas durante la relación legal y reglamentaria con el otrora DAS.

Fijado el litigio en el presente asunto se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo.

Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio No. 768, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (00.09.52)

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 180 del C.P.A.C.A., la Juez invita a las partes a conciliar sus diferencias.

Parte demandada: La Fiduprevisora no contempla formula conciliatoria para estos casos y aporta acta del Comité.

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Se corre traslado a los sujetos intervinientes.

Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

IV. MEDIDAS CAUTELARES (00.10.50)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

V. DECRETO DE PRUEBAS (00.10.53)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

1. **Parte actora y PAP FIDUPREVISORA S.A.:** ténganse como pruebas documentales las aportadas con la demanda y con la contestación a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda.
2. **Se niegan** las pruebas solicitadas por el Ministerio Público a folio 55, **por innecesarias**, en razón a que el certificado de devengados del último año al servicio del DAS obra a folios 36 a 38, los antecedentes administrativos deben ser aportados por la entidad demandada en cumplimiento legal y de acuerdo con lo manifestado a folio 78 la demandante fue incorporada sin solución de continuidad a la Fiscalía General de la Nación.

Conforme lo establece el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho **prescinde de la audiencia de pruebas** y procede a dictar sentencia dando previamente a las partes la oportunidad de presentar alegatos de conclusión. Esta decisión se adopta por auto interlocutorio No. 769.

De estas decisiones se corre traslado a los sujetos procesales. sin oposición de la parte actora.

El apoderado de la entidad: Solicita aclaración.

El despacho: Resuelve que no hay pruebas que practicar.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (00.13.00)

Se concede el uso de la palabra a los intervinientes en la presente audiencia para que presenten sus alegatos de conclusión, quienes rinden sus alegatos en los términos consignados en el audio de la presente diligencia.

VI. SENTENCIA No. 100

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 100**, así:

A. CONSIDERACIONES

1. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Los hechos, pretensiones, contestación de la demanda y problema jurídico son como quedaron fijados en esta audiencia, como **NORMAS VIOLADAS**, el demandante invocó: el artículo 53 y 93 de la Constitución Política y el artículo 127 del CST. Además cita el Decreto 1933, 132, 1137 y 2446 de 1994.

Fundamenta el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** (fls. 5 a 15), indicando el significado de salario en nuestro ordenamiento jurídico, el dado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado para señalar que el DAS además del salario percibido pagaba mensualmente una prima denominada de riesgo, la cual fue cancelada en forma habitual y periódica durante el vínculo laboral como una prestación directa del servicio.

Resalta que la norma gestora de la prima de riesgo, el Decreto 1933 de 1994, no la excluyó como constitutiva de salario y considera entonces, que las normas posteriores (Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994) al excluir la prima de riesgo como factor salarial están en contravía de los derechos adquiridos y por tanto deben ser inaplicadas en los términos del artículo 4º de la C.P. Hizo citas jurisprudenciales.

B. RAZONAMIENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

La prima de riesgo. Normatividad aplicable y características.

La prima de riesgo tuvo su origen en el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, que en el artículo 4º estableció:

Artículo 4. Prima de riesgo. Los empleados del Departamento de Seguridad DAS, 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."

Posteriormente, el Decreto 132 del 17 de enero de 1994, concedió a los servidores públicos que prestan servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, precisando: <<la cual no tendrá carácter salarial>>.

Igualmente, el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creó una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores quienes <<tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al

30% de su asignación básica mensual>> y en el inciso 2° del artículo 1° señaló: <<**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**>> (negritas fuera de texto).

Ahora bien, la norma anterior fue derogada por el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, y en su artículo 1° dispuso que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores “tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual” y en su artículo 4º reiteró que: <<**La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata los artículos 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994**>> (negrilla del Despacho).

Es así como, se colige que si bien es cierto las personas en los cargos antes descritos tenían derecho a percibir la prima de riesgo equivalente al 30% y 35% de la asignación básica, también lo es que el legislador expresamente consideró que ésta no era factor salarial.

Al efecto, el Consejo de Estado se ha ocupado de analizar el carácter salarial de la prima de riesgo, estimando en sentencia del 28 de junio de 2007, que ésta no constituía factor salarial bajo ningún supuesto²; sin embargo, con posterioridad unificó su criterio, respecto de su carácter salarial para efectos de la reliquidación pensional y en sentencia del 1º de agosto de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 0070-11, concluyó lo siguiente:

“En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, 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.

² Sentencia de 28 de junio de 2007, radicado No. 25000-23-25-000-2003-09101-01 (8483-05).

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 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.”

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 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.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.”

Relativo a la reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no ha adoptado una decisión pacífica, en tanto en la Sección Segunda, las Subsecciones “C” y “D”³ consideran que la anterior sentencia de unificación es extensible a las prestaciones y por tanto es dable inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, la Subsección A⁴ estima que al no ser casos análogos y tratarse de reliquidación pensional y de reliquidación prestacional no es factible trasladar la regla jurisprudencial.

Sin embargo, para este Despacho es claro que si dicha sentencia unificó el criterio respecto del reconocimiento de la prima de riesgo como factor pensional, no se podría desconocer que dicha interpretación pueda ser trasladada al reconocimiento como factor salarial, pues no se podría aceptar que esta prima constituye una contraprestación del servicio para efectos pensionales, pero para liquidar las demás prestaciones no tiene dicho carácter, implicando una doble definición de concepto de salario, en la medida que la prima de riesgo sólo sería factor salarial para el reconocimiento pensional, pero no para las demás prestaciones sociales.

Excepción de inconstitucionalidad.

El artículo 4º de la C.P. señala que *<<en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones*

³ Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, Magistrado Ponente: Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Diecisiete (17) De Junio De Dos Mil Dieciséis (2016), Tribunal Administrativo De Cundinamarca, - Sección Segunda - Subsección “D”, Magistrado Ponente: Dr. Israel Soler Pedroza, Nueve (9) De Junio De Dos Mil Dieciséis (2016).

⁴ Tribunal Administrativo De Cundinamarca, - Sección Segunda -Subsección “A”, Diez (10) De Marzo De Dos Mil Dieciséis 2016, Magistrada Ponente: Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino.

constitucionales>>, disposición que entonces permite que cualquier autoridad pueda dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica cuando resulte contraria a la Constitución. Respecto de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

"(...) tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar 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.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.

*Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la **norma** -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.)⁵.*

En tal virtud, es evidente que en caso de existir contradicción entre una norma de orden legal y un precepto constitucional se debe dar aplicación a la Constitución Política.

C. El caso concreto (00.26.45).

⁵ Sentencia No. T-614/92

En el caso en estudio, se encuentra probado que la señora MARTHA YANETH RUBIO UMBA prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose en el cargo de DETECTIVE 208-06 (fol. 25), por lo que devengó la prima de riesgo, tal y como se corrobora con los reportes de nómina visibles a folios 28 a 37.

El 6 de noviembre de 2013, la parte actora presentó solicitud de reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, con el consiguiente el reajuste y pago de las primas y prestaciones sociales causadas, de acuerdo con lo manifestado en el acto administrativo demandado (f. 20), petición que fue negada mediante el acto administrativo que es objeto de cuestionamiento en la presente actuación (fl. 20 y vto).

Sin embargo, en aplicación del criterio de unificación jurisprudencial citado en precedencia, se tiene que la prima de riesgo, al ser percibida en forma permanente y mensual por quienes fueron empleados del DAS, tiene un carácter salarial, razón por la cual resulta admisible su inclusión en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Por tanto, se debe inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994 para ordenar que, en el caso en concreto, en la liquidación de las prestaciones percibidas por el aquí demandante, entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, se incluya la prima de riesgo percibida.

Así, por simple confrontación directa entre el acto administrativo demandado y la citada jurisprudencia, es posible colegir que aquel no se adecúa al ordenamiento jurídico, razón por la cual resulta procedente la nulidad invocada y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, en razón de la supresión ordenada por el Decreto 4057 de 2011 y lo ordenado en la Ley 1753 de 2015 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con cargo al Patrimonio Autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. deberá proceder al reajuste de las prestaciones sociales causadas por el actor entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, a fin de incluir la prima de riesgo dentro de la base de liquidación de sus prestaciones sociales.

D. Prescripción

Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), se ha de indicar que, como ya se dijo, el demandante radicó derecho de petición de reajuste de sus prestaciones **el 6 de noviembre de 2013**, por lo tanto en el presente caso se declararán prescritas las sumas causadas con anterioridad al **6 de noviembre de 2010** y solo serán reconocidas hasta el **31 de diciembre de 2011** fecha hasta la cual laboró el demandante en el DAS, en los términos que se indicarán en la parte resolutive de esta providencia.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“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....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁶, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el*

⁶ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”.
(Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁷ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.”⁸

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL, para el caso en concreto, el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, de conformidad con lo antes expuesto.

SEGUNDO.- Se declara de oficio, parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN.

TERCERO.- DECLARAR la NULIDAD del oficio E-2310,18-201320453 del 20 de noviembre de 2013, por medio del cual se negó la inclusión de la prima de riesgo como factor en la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, conforme con lo señalado en precedencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la AGENCIAL NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – ANDJE con cargo al PATRIMONIO AUTÓNOMO PAP FIDUPREVISORA S.A.,

⁷ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁸ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

REAJUSTAR las prestaciones sociales percibidas por la demandante incluyendo la **prima de riesgo** y **PAGAR** únicamente las diferencias que resulten del valor del reajuste que se ha ordenado en esta sentencia, con efectividad fiscal a partir del **6 de noviembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011**, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en el IPC certificado por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.).

QUINTO.- SE DARÁ cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos para ello en los artículos 192 y numeral 4º artículo 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

SEPTIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO.- Las decisiones adoptadas en la presente audiencia, incluida la sentencia proferida quedan **notificadas en ESTRADOS**, tanto a los comparecientes como a los no comparecientes, conforme se dispone en el **artículo 202 del C.P.A.C.A.**

La Juez corre traslado de la sentencia.

Parte demandante: sin recurso.

Apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica y del PAP FIDUPREVISORA S.A: interpone **RECURSO DE APELACIÓN** que sustentará dentro del término legal.

En tal virtud, el recurso de apelación deberá sustentarse dentro del término previsto en el artículo 247 numeral 1º del C.P.A.C.A. el cual empezará a contar a partir de mañana.

No siendo más el objeto de la presente diligencia se da por terminada siendo las doce y treinta y siete minutos de la tarde (12:37 pm) se firma por los que en ella intervinieron.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez

JULIO ALEXANDER MORA MAYORGA

Apoderado ANDJE y PAP FIDUPREVISORA S.A.

WILLBER FABIAN VILLALOBOS BLANCO

Apoderado parte demandante

JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN

Secretario