**CESANTÍAS ANUALIZADAS - Son una prestación imprescriptible durante la vigencia del vínculo laboral mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción**. **Aplicación de sentencia de unificación del Consejo de Estado.**

Sin embargo, tratándose concretamente del derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, traída en cita por el extremo apelante, concluyó que las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible durante la vigencia del vínculo laboral, mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción. Para tal fin, emitió las siguientes consideraciones: “(…) Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado**,** sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. En los anteriores términos se precisa quelas cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno (…)” En esa línea argumentativa, se justificó la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas, en el hecho que consisten en un ahorro que hace parte del patrimonio del empleado, al ser destinadas a la cuenta individual que a su nombre se haya creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido. De ese modo, que tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un ‘ahorro’ en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley, será retirado al momento en que quede cesante, o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral.

**CESANTÍAS ANUALIZADAS - Inexistencia de prescripción en el caso concreto por no haber finalizado la relación laboral al momento de presentar la demanda.**

En el caso concreto del señor Hernán Álvarez Bernal, se tiene que prestó sus servicios DAS desde el 20 de noviembre de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo el de Detective Profesional 207-10 en la Seccional Boyacá, en calidad de empleado público (Archivo No. 006 - Págs. 37, 65 a 79). Asimismo, que a partir del 1° de enero de 2012, fue incorporado sin solución de continuidad a la Fiscalía General de la Nación, encontrándose activo en tal entidad al momento de interponer la demanda, esto es 19 de diciembre de 2019 (Archivo No. 001 – Pág. 302), y desempeñando el cargo de Técnico Investigador II (Archivos Nos. 006 y 024 – Págs. 76, 79 a 82, y 121, 230 y 320, respectivamente). Por tanto, en la línea argumentativa esbozada, no cabe duda a la Sala que no es posible hablar en el caso de autos de la existencia del fenómeno de prescripción, pues la reclamación del aquí demandante se realizó teniendo un vínculo laboral aún vigente. En ese orden, la prescripción que el despacho judicial de primera instancia aplicó al derecho prestacional reclamado por el aquí demandante, ciertamente no resulta válido, en la medida en que, conforme a la sentencia de unificación previamente reseñada, hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el servidor reclame sus prestaciones y, esta novedad, se itera, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente.

**PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS - No es absoluto y se admite que, en determinados eventos el superior pueda cambiar la parte no impugnada de una decisión, por ser necesario por tratarse de puntos íntimamente ligados a aquella / PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS – Aplicación en caso del derecho a las cesantías por no haber sido tema no decidido por el A quo.**

Además, aun cuando la autoridad judicial referida, negó las pretensiones de la demanda en el numeral tercero de la reseñada sentencia, no cabe duda en este punto, que lo hizo con fundamento exclusivo en el acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, más no porque una vez efectuado el análisis fáctico y jurídico correspondiente, haya concluido la inexistencia del derecho prestacional deprecado. En ese orden de ideas, no pasa por alto la Sala que no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia de primer grado en la parte que no fue objeto del recurso; tampoco que en relación con la consolidación y/o configuración del derecho prestacional reclamado por el aquí demandante, ningún reparo se formuló en el escrito de alzada. Sin embargo, considera que al estarse resolviendo una litis de carácter laboral, como es la reliquidación del auxilio de cesantías del accionante, el principio prohibitivo de la reformatio in pejus no es de carácter absoluto, pues tal como lo ha considerado de antaño, no sólo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino también el Consejo de Estado, se admite que en determinados eventos el superior pueda cambiar la parte no impugnada de una decisión, como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida, es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquellao aspectos procesales como la configuración de la prescripción, situación que es la configurada en el sub judice. Por tal razón, es justamente la omisión de la a quo en decidir en su providencia, el derecho reclamado por el accionante, la que permite que esta Corporación se pronuncie frente a su eventual existencia, sin exceder en modo alguno su competencia funcional -restringida legalmente- en esta instancia, lo anterior si se tiene en cuenta que para hablar de la prescripción de un derecho debe mediar su reconocimiento previo.En armonía con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 6 de abril de 2018, unificó su jurisprudencia y limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, de manera que, si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante. Por consecuencia, al estar íntimamente relacionada la prescripción de un derecho con su reconocimiento previo, procederá la Sala a examinar la consolidación del derecho prestacional debatido, para lo cual, deberá dilucidar si el régimen prestacional aplicable al demandante como empleado del extinto DAS, para efectos de liquidar sus cesantías, permite la inclusión de la prima especial de riesgo. Esto, se insiste sin perjuicio de que resulte reiterativo, porque la falladora de primera instancia ningún imperativo emitió en la parte resolutiva del proveído apelado, respecto de la existencia o no, del derecho debatido.

**RÉGIMEN PRESTACIONAL PARA LOS EMPLEADOS DEL EXTINTO DAS – No previó que para la liquidación de sus cesantías debía incluirse la prima de riesgo.**

Al respecto, desde ahora se dejará dicho, que la Sala sostendrá la siguiente tesis: El régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 prevé que, para efectos de la liquidación de las cesantías, deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 ejusdem, norma que no incluye la prima especial de riesgo, razón por la cual el señor Hernán Álvarez Bernal no tiene derecho a que se le tenga en cuenta dicho factor para efectos de la liquidación de su prestación. (…) En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 al reglamentar lo relacionado con las cesantías, definió expresamente cuáles serían los factores para liquidar dicha prestación de los empleados del DAS, al señalar en su artículo 18 lo siguiente: (…) Nótese entonces, que, en los términos transcritos, se precisan con claridad cuáles son los factores sobre los cuales se debe liquidar el auxilio de cesantías, sin que en dicho listado se incluya la prima especial de riesgo. En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 contempló en su artículo 4 una prima de riesgo, en los siguientes términos: (…) Posteriormente, el Decreto 1137 de 1994 previó la prima de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, así: (…) Finalmente, tanto el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 como el Decreto 1137 de 1994 fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994, en los siguientes términos: (…) Bajo ese entendido, de las diferentes normas citadas que regulan y regularon en su momento, la prima de riesgo para los empleados del DAS, se puede observar cómo el legislador dispuso expresamente que esta no constituye factor salarial. Ahora bien, en el libelo introductorio el demandante considera que la prima de riesgo debe ser computada en la liquidación en sus cesantías, según la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, que determinó que es un factor salarial constitutivo del ingreso base de liquidación de las pensiones de los detectives del extinto DAS. Sin embargo, en efecto la sentencia de unificación citada le dio la connotación de factor salarial a la prima de riesgo, no obstante, solo lo hizo en materia pensional. Por consiguiente, desde una óptica histórica y exegética se puede concluir que la voluntad del legislador siempre ha sido que la prima de riesgo no constituya factor salarial.

**PRIMA DE RIESGO - No es factor salarial para liquidar las cesantías de los empleados del extinto DAS.**

Entonces, retomando la línea argumentativa enunciada, señalará la Sala que, en el sub judice, el demandante solicitó -en términos generales- la reliquidación de sus cesantías y de los intereses causados sobre las mismas, correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta como factor salarial, la prima especial de riesgo por aquel devengada. Con todo, siguiendo el criterio normativo y jurisprudencial antes referido, colige la Sala, que su pretensión no resulta procedente, por cuanto, el régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 (el cual le resulta aplicable) prevé que para efectos de la liquidación de las cesantías deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 ejusdem, el cual no incluye la prima especial de riesgo, razón por la cual, aquel no tiene derecho a que se le tenga en cuenta dicho factor para efectos de la liquidación de su prestación. Así las cosas y dado que fue el mismo legislador quien estableció que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, encuentra la Sala que no podría otorgarse efectos diferentes pues, conforme lo ha sostenido de manera pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *“[e]l legislador conserva una cierta libertad parta establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución….”* (…)En este punto, estima la Sala necesario precisar, que, con el análisis precedente, no se desconoce en manera alguna el principio de *non reformatio in pejus*, que protege la situación del apelante único para que no se haga más gravosa, pues tal como se dejó señalado en líneas anteriores, pese a que la falladora de primera instancia se refirió en las consideraciones generales del proveído apelado, frente al derecho del accionante a que sus cesantías fueran reliquidadas teniendo en cuenta como factor salarial la prima especial de riesgo por aquel devengada durante el periodo en que prestó sus servicios en favor del extinto DAS**,** lo cierto es que ningún momento le otorgó derecho alguno en la resolución de la litis.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_p rocesos.aspx?guid=150013333009201900263011500123  |



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No 5

 Magistrada Ponente: Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos

Tunja, junio ocho (8) de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control:  | Nulidad y restablecimiento del derecho  |
| Demandante:  | **Hernán Álvarez Bernal**   |
| Demandado:  | Fiduciaria La Previsora S.A. - Patrimonio Autónomo Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – y su Fondo Rotatorio  |
| Expediente:  | 15001-33-33-009-**2019-00263**-01  |
| Link de consulta:  | https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_p rocesos.aspx?guid=150013333009201900263011500123  |

# OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante,** contra la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción y, como consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

 **I. ANTECEDENTES**

# Demanda y subsanación[[1]](#footnote-1) (Archivos Nos. 001, 005, 006 y 017 – Exp. Digital 1° Instancia)

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderada judicial, el señor Hernán Álvarez Bernal deprecó:

*“(…) 1. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD*

* 1. *INAPLICAR PARCIALMENTE por INCONSTITUCIONAL el Art. 14 del Decreto ley 1933 de 1989, en cuanto no incluyó la prima especial de riesgo, dentro de los factores a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías de los funcionarios del D.A.S.; en tanto esta omisión contraviene el Art. 1 del convenio OIT No. 95 de 1949 ratificado por Colombia mediante la ley 54 de 1962 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el Art. 53 de la C.P.*

* 1. *INAPLICAR por INCONSTITUCIONAL la frase “no constituye factor salarial” contenida en el inciso segundo del Art. 1 del Decreto 1137 de 1994 y Art. 4 del decreto 2646 de 1994, por ser violatoria del Art. 1 del convenio OIT No. 95 de 1949 ratificado por Colombia mediante la ley 54 de 1962 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el inciso tercero del Art. 53 de la C.P.*

1. *DECLARACIONES:*

* 1. *Se declare la NULIDAD del oficio No. 20190991920631, del 22 de agosto de 2019, en su parte pertinente, proferido por la Coordinadora de la Unidad de gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto DAS y su Fondo Rotatorio, notificado por correo certificado recibido el 31 de agosto de 2019; mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición elevado, entre otros, por el demandante, en el cual se negó su derecho a que la PRIMA ESPECIAL DE RIESGO fuera considerada factor salarial para la reliquidación de las cesantías y sus intereses y que se causaron mientras prestó sus servicios para el extinto D.A.S.*

1. *RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - CONDENAS*

*Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Se ordenen las siguientes*

*CONDENAS*

* 1. *Se ordene a la PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL DAS Y SU FONDO ROTATORIO, reconocer y tener, para todos los efectos, como factor salarial, la PRIMA ESPECIAL DE RIESGO que recibió mi mandante, con fundamento en los Decretos 1933 de 1989, 1137 de 1994 y 2646 de 1994, desde el 29 de noviembre 1994, como detective del extinto D.A.S. hasta el 31 diciembre de 2011, fecha en la cual fue vinculado (a) a la Fiscalía General de la Nación sin solución de continuidad.*

* 1. *Se ordene a la PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL DAS Y SU FONDO ROTATORIO, reliquidar y pagar las cesantías y sus intereses que se causaron en favor de la parte demandante, desde el 29 de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, teniendo para el efecto como factor salarial, la PRIMA ESPECIAL DE RIESGO devengada durante el mencionado período.*

* 1. *Que ese mayor valor resultante, al tener como factor salarial la prima especial de riesgo, para la liquidación de las cesantías y sus intereses, sea reajustado o actualizado, teniendo en cuenta el índice de Precios al Consumidor, IPC, de conformidad con lo establecido en el Art. 187 del*

*C.A.P.C.A. (sic)*

* 1. *Se ordene a la entidad demandada; PAP FIDUPREVISORA S.A. DEFENSA JURÍDICA DEL DAS Y SU FONDO ROTATORIO reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en Art. 192 en concordancia con el núm. 4 del Art. 195 del C.P.A.C.A.*

* 1. *Por ser derechos laborales, se falle extra y ultra petita*

* 1. *Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada*

*(…)” (Págs. 3 y 4 – Archivo No. 006).*

# Fundamentos fácticos

2. Como hechos relevantes, expuso que:

→ El 28 de agosto de 1989, el presidente de la República profirió el Decreto 1933 de ese mismo año, mediante el cual, creo una prima especial de riesgo en favor de algunos empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, en adelante DAS, equivalente al 10% de la asignación básica mensual (artículo 4°). Empero, de acuerdo con el artículo 18 ibidem, la misma no fue incluida para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías de los empleados.

→ Más tarde, el presidente de la República expidió el Decreto 1137 de 1994, a través del cual creó una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, en cuantía del 30% de la asignación básica mensual. Esto, para quienes desempeñaran los cargos de detective especializado, detective profesional, detective agente, criminalístico especializado, conductores, criminalístico profesional y criminalístico técnico no asignados a tareas administrativas y los conductores, precisando que la misma no constituiría factor salarial.

→ Ulteriormente, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el presidente de la República profirió el Decreto 2646 de 1994, a través del cual derogó los Decretos 1933 de 1989 y 1137 de 1994. En dicha normativa, estableció que algunos empleados del DAS tendrían derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente, una prima especial de riesgo, en cuantía equivalente al 15 %, 30% y 35% de la asignación básica mensual, según el cargo por aquellos desempeñado.

→ El artículo 4° del mencionado Decreto 2646 de 1994 precisó que la aludida prima no constituiría factor salarial.

→ Prestó sus servicios como detective en favor del extinto DAS, desde el 20 de noviembre de 1990 y hasta el 31 diciembre de 2011[[2]](#footnote-2), periodo en el que se benefició de la prima especial de riesgo. Con todo, la misma *“no fue tenida en cuenta por la administración para la liquidación de las cesantías y sus intereses”* (Pág. 5 ib.).

→ El 2 de julio de 2019, solicitó ante el Patrimonio Autónomo Público - PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - y su Fondo Rotatorio, la reliquidación de su auxilio de cesantías, y de los intereses sobre las mismas, tomando en consideración la prima especial de riesgo por aquel devengada durante el lapso en que laboró en favor del DAS.

→ El reseñado requerimiento fue decidido desfavorablemente a través del Oficio No. 20190991920631 de 22 de agosto de 2019, suscrito por la Coordinadora de la Unidad de Gestión PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio.

# Fundamentos de derecho

3. En esas condiciones, invocó como normas vulneradas los artículos 4 y 53 de la Constitución Política, 127 del Código Sustantivo del Trabajo, 42 del Decreto 1042 de 1978 y, 6 del Decreto 4057 de 2011; así como la Ley 4ª de 1992 y el artículo 1° del Convenio No. 095 de 1949 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia a través de la Ley 54 de 1962; para asegurar que el Oficio No. 20190991920631 de 22 de agosto de 2019 (cuya anulación se solicita), fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse.

 **II. TRÁMITE PROCESAL**

# Radicación y admisión de la demanda

4. La demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2019, correspondiéndole por reparto al Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (Archivo No. 001 – Pág. 302), despacho judicial que, mediante auto de 17 de septiembre de 2020, procedió a admitirla, y ordenó notificar al representante legal de la entidad demandada, el Agente del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Archivo No. 019). La diligencia de notificación se surtió en debida forma el 12 de noviembre siguiente, como se observa en el archivo No. 023.

# Contestación de la demanda (Archivo No. 024 ib.)

1. Dentro de la oportunidad legal correspondiente y por conducto de apoderado judicial, la Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo

Público PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de asidero fáctico, jurídico y probatorio.

1. Señaló que, su actuación se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, pues si el funcionario que en su momento liquidó las prestaciones sociales del aquí demandante, *“hubiese incluido la prima de riesgo como factor salarial, podría estar incursado en una indebida liquidación a favor del demandante y este a su vez, en un enriquecimiento sin justa causa*” (Pág. 4).

1. Explicó que, efectivamente el señor Hernán Álvarez Bernal prestó sus servicios como detective en favor del extinto DAS, del 20 de noviembre de 1990 al 31 de diciembre de 2011 y que, posteriormente fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación (último empleador). Asimismo, que el Decreto 2646 de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, consagró en su artículo 4°, que la misma no constituiría factor salarial y, que no podría percibirse simultáneamente con la prima de que trataba el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.

1. En ese entendido, que en vigencia de la relación laboral del aquí demandante con el extinto DAS, las cesantías y demás prestaciones sociales a las que aquel tenía derecho, se liquidaron conforme a la normativa vigente, que como se señaló, establecía que la prima especial de riesgo no constituía factor salarial y, por tal razón, no podía ser tenida en cuenta dentro de la liquidación de las prestaciones sociales de sus funcionarios. Además, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), la prima de riesgo de los servidores del DAS, únicamente debe tenerse en cuenta como factor salarial para el reconocimiento y liquidación de pensiones vitalicias de jubilación o de vejez, más no para la liquidación de las prestaciones sociales.

1. En otras palabras, que, pese a que el demandante percibió de manera habitual y periódica la prima de riesgo, el carácter salarial de esta prima de acuerdo con la jurisprudencia citada, solamente le fue atribuido para el ingreso base de liquidación de la pensión y no para la liquidación de prestaciones sociales, como a través del presente proceso se pretende.

1. Por otra parte, aseveró que durante el proceso de supresión del DAS, se identificaron las obligaciones, pasivos, procesos y obligaciones pendientes de pago y las autoridades responsables de las mismas, pero que el caso que nos ocupa, no se encuentra identificado como una obligación o acreencia pendiente de pago a cargo del extinto DAS, ni registra un proceso judicial o reclamación administrativa en contra del mismo que hubieren sido transferidas al PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto Departamento Administrativo – D.A.S y su Fondo Rotatorio. Asimismo, agregó que *“el empleador oficial del demandante es la Fiscalía General de la Nación (…) corporación a quien corresponde pronunciarse respecto de las peticiones realizadas por su empleado”* (Pág. 10).

1. Para finalizar, sostuvo que el extremo accionante no cumplió con la carga para sacar avante sus pretensiones, y propuso como excepciones, las que denominó: **i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, **ii)** caducidad por ausencia de periodicidad de la prestación del demandante; **iii)** improcedencia de reconocer la prima de riesgo como factor salarial a ex funcionarios del extinto DAS; **iv)** inexistencia de obligación de pagar obligaciones de funciones trasladas a otras entidades; **v)** desconocimiento de la potestad legislativa y; **vi)** genérica.

# Auto decide excepciones previas y adopta trámite sentencia anticipada (Archivo No. 028 ib.)

1. A través de proveído de 30 de abril de 2021, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja decidió adoptar el trámite de sentencia anticipada establecido en el artículo182A, numeral 1º de la Ley 1437 de 2011, por tratarse el presente proceso de aquellos eventos en que únicamente se solicitó tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, sin que sobre las mismas se hubiese formulado tacha o desconocimiento. En esa medida, se dispuso incorporar y tener como medios de prueba, las documentales allegadas por los sujetos procesales, otorgándoles el valor probatorio que por ley les corresponde.

1. A renglón seguido, se dispuso declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que el artículo 18 del Decreto Ley 4057 de 2011, estableció que los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso en los que fueran parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS, al cierre de la supresión de esta entidad, serían entregados a la entidad de la Rama Ejecutiva que asumiera las funciones de aquella. Y, que, si una determinada función no fue asignada a dicha entidad, el Gobierno Nacional debía determinar la entidad que los asumiría (los procesos judiciales y las reclamaciones administrativas).

1. Asimismo, que, en desarrollo de la mencionada norma, el Congreso de la República expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (Ley 1753 de 2015), en cuyo artículo 238 autorizó la creación de un patrimonio autónomo administrado por La Previsora S.A., al cual, asignó la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, **laborales** o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto DAS o su Fondo Rotatorio. De suerte, que no cabe duda de la competencia de dicho patrimonio para pagar los aportes patronales adeudados por el DAS.

1. Entonces, que comoquiera que en el presente asunto se encuentra en discusión la reliquidación de los pagos salariales y prestaciones efectuados por el extinto DAS antes de la culminación del su proceso de supresión (31 de diciembre de 2011), le corresponde a la entidad demandada responder por tal reclamación laboral incoada, en caso de que se concedan las pretensiones de la demanda.

1. A su turno, en lo que tiene que ver con demás medios exceptivos formulados con el escrito de contestación de la demanda, se dejó dicho que en la medida en que se circunscribieron a argumentos de defensa que tocan la esencia del litigio, serían resueltas en la sentencia[[4]](#footnote-4).

1. Finalmente, con fundamento en los actos de postulación de las partes, esto es, la demanda y la contestación, se fijó el litigio u objeto de controversia[[5]](#footnote-5), y conforme a lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que formularan por escrito, sus alegatos de conclusión.

1. Contra la anterior decisión, el extremo demandado presentó recurso de apelación, insistiendo que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, se encontraba llamada a prosperar, *“[a]l tratarse de servidores públicos incorporados, sin solución de continuidad en la* ***FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN****, la demanda debe dirigir sus pretensiones en contra de esa entidad, que es la entidad a donde fue incorporado el demandante posterior a la supresión del extinto DAS” (Archivo No. 032).*

1. Mediante proveído de 25 de junio de 2021 (Archivo No. 036), dicho medio de impugnación fue rechazado por improcedente, y tramitado por las reglas del recurso que resultó procedente, esto es, el de reposición. En todo caso, se resolvió no reponer la decisión por medio del cual se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa, propuesta por la entidad demandada.

# Sentencia de primera instancia (Archivo No. 2 ib.)

1. Mediante sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, resolvió:

*“(…)* ***PRIMERO. –*** *DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada*

*“CADUCIDAD POR LA AUSENCIA DE PERIODICIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL DEMANDANTE” propuesta por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO. –*** *DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de PRESCRIPCIÓN, conforme a lo expuesto en las consideraciones. En consecuencia:*

***TERCERO. –*** *NEGAR las pretensiones de la demanda.*

***CUARTO. –*** *Sin condena en costas (…)” (Pág. 25).*

1. Contrajo el problema jurídico a determinar si el señor Hernán Álvarez Bernal tiene derecho a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías causadas desde el 1° de diciembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011 (tiempo en que prestó sus servicios personales en favor del DAS), incluyendo como factor salarial la prima especial de riesgo por aquel devengada y, en caso afirmativo, si tiene derecho al pago de las diferencias que de la misma resulten.

1. A ese efecto, se refirió en un primer momento a la caducidad del medio de control de la referencia, e indicó que la misma no operó en el caso concreto[[6]](#footnote-6), en tanto, el acto administrativo cuya anulación se solicita, negó la reliquidación del auxilio de cesantías del accionante, emolumento que tiene connotación de prestación periódica, hasta tanto, no haya finalizado su relación laboral. Entonces, que como con ocasión de la supresión DAS, el demandante fue incorporado sin solución de continuidad a la Fiscalía General de la Nación, donde prestaba aún sus servicios a la fecha de presentación de la demanda, su vinculación laboral no había finalizado.

1. Con todo, que, si no se tuviera como prestación periódica el concepto reclamado por el accionante, lo cierto es que aun aplicando la regla fijada en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, que indica que en casos de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda debe presentarse dentro de los 4 meses siguientes contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo; la demandada de la referencia fue radicada en tiempo. Esto, en la medida que el acto demandado se notificó el 31 de agosto de 2019, y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019, sin que hubieran transcurrido los 4 meses que establece la norma referida.

1. En esas condiciones, aseveró que la excepción denominada caducidad por ausencia de periodicidad de la prestación del demandante, no se encontraba llamada a prosperar.

1. A renglón seguido, luego de examinar de manera detallada el marco normativo y jurisprudencial de: **i)** las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, **ii)** el concepto de salario, **iii)** la prima especial de riesgo para los servidores del DAS, **iv)** la supresión de esta entidad y sus efectos en materia laboral y prestacional; **v)** el régimen de liquidación de las cesantías de los ex servidores del DAS y, **vi)** la prescripción de las cesantías; descendió al análisis del caso concreto.

1. Para tal fin, se pronunció sobre los hechos que se encontraron probados al interior del sub judice y, destacó que desde el mes de noviembre de 1994 y hasta el 31 de diciembre de 2011, el extinto DAS canceló al aquí demandante, de manera mensual, la prima especial de riesgo a la que tenía derecho, la cual, no fue tenida en cuenta en la liquidación de sus cesantías e intereses a las cesantías. Asimismo, que entre el 30 de septiembre de 1999 y el 9 de febrero de 2012, el accionante realizó varios retiros parciales de sus cesantías, en las fechas y por los montos certificados en el extracto individual de cesantías emitido por el Fondo Nacional del Ahorro (al cual se encuentra afiliado) el 22 de enero de 2019.

1. Explicó entonces, que de acuerdo con la Constitución (artículo 53) y la ley (artículo 42 del Decreto 1047 de 1978 y artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990), constituye factor salarial todo concepto que de manera habitual y periódica reciba el empleado como contraprestación de sus servicios, sin importar la denominación que se le dé, atendiendo el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades. Por ello, que habiendo acreditado el demandante que como retribución de sus servicios devengó mensualmente la prima especial de riesgo creada mediante el Decreto 1933 de 1989 y desarrollada en los Decretos 1137 y 2646 de 1994, no puede más que concluirse que tal emolumento cumplía con las características propias para considerarse factor salarial.

1. En ese orden de ideas, afirmó que *“el Gobierno Nacional de manera injustificada y en contravía de la Constitución y la Ley, en el Decreto 1933 de 1989, artículo 18, excluyo tácitamente la prima especial de riesgo como factor salarial para liquidar las cesantías y en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 la excluyó expresamente como factor salarial en general, lo que impidió que en su momento tal emolumento fuera tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, específicamente las cesantías y los intereses a las cesantías de los servidores del extinto D.A.S. y particularmente del demandante, circunstancia que desmejoró sus condiciones laborales” (Pág. 23).*

1. A efecto de soportar su dicho, resaltó de una parte, que con ocasión del proceso de supresión del DAS, el propio Gobierno Nacional reconoció el carácter de factor salarial de este emolumento, al disponer en el Decreto 1444 de 2011 que con la incorporación de los empleados a otras entidades como la Fiscalía General de la Nación, a su asignación básica se integraría la prima riesgo y; de otra, que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013[[7]](#footnote-7) también reconoció el carácter de factor salarial de este emolumento. En relación con esto último, aseguró que, si bien tal pronunciamiento ocurrió en el marco de una controversia pensional, nada impide que se tenga como criterio auxiliar de interpretación para el caso concreto.

1. Explicó entonces, bajo esas consideraciones, que con la expresión *“[e]sta prima no constituye factor salarial”,* contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1137 de 1994, y la expresión *“[l]a Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial”* referida en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, el ejecutivo desbordó las facultades que le fueron otorgadas mediante la Ley 4ª de 1992, pues *“bajo la apariencia de una prima despojó de efectos salariales a tal emolumento para la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores del D.A.S., desconociendo evidentemente los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política”* (Pág.

24).

1. Así las cosas, aseguró que ciertamente resultaría pertinente acceder a las pretensiones de la demanda, si no fuera porque acaeció en el caso concreto el fenómeno extintivo de prescripción. Esto, en la medida que conforme a las previsiones de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles, término que en el caso particular de las cesantías liquidadas anualmente, debe contabilizarse a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que, con ocasión del retiro del serviciou otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías, el empleado conozca el valor de estas. Al respecto, y tomando en consideración las circunstancias particulares del caso concreto, esbozó:

*“(…) en el presente asunto si bien se encuentra probado que la prestación*

*le fue liquidada y pagada anualmente por el D.A.S. al demandante, a través del FNA, desde 1990 hasta 2011, no fueron aportados los actos de liquidación, ni su notificación en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968, y por lo tanto no tiene certeza el despacho de si esa notificación se surtió anualmente y si es así en qué fechas exactamente.*

*Sin embargo, del extracto individual de cesantías se desprende que el demandante realizó retiros parciales de cesantías, en su mayoría para abonos a crédito hipotecario, en enero 7 de 2000, en marzo 23 de 2000, en abril 27 de 2000, en abril 6 de 2001, en septiembre 26 de 2001, en febrero 15 de 2002, en febrero 20 de 2003, en febrero 27 de 2004, en febrero 15 de 2005, en febrero 22 de 2006, en febrero 28 de 2007, en mayo 14 de 2007, en febrero 15 de 2008, en marzo 28 de 2008, en abril 15 de 2009, en junio 2 de 2010, en marzo 3 de 24 de 2011 y en febrero 9 de 2012.*

*Lo anterior, implica que a partir de las fechas aludidas el demandante tuvo conocimiento de como le fueron liquidadas sus cesantías y por lo tanto a partir de ese momento se hizo exigible el derecho que ahora reclama, no obstante, desde el último retiro parcial el 9 de febrero de 2012, hasta la reclamación administrativa el 2 de julio de 2019, pasaron mas de 7 años, lo que hace evidente que en el caso operó el fenomeno extintitivo de prescripción, pues se superaron ampliamente los 3 años a que se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, situación que se extiende a los intereses sobre las cesantías (…)” (Pág. 24).*

32. Por lo anterior, resolvió declarar probada de oficio la excepción de prescripción y, como consecuencia de ello, negar las súplicas de la demanda. En lo demás, se abstuvo de imponer condena alguna por concepto de costas, al advertir que las mismas no se encontraron comprobadas en el proceso.

# Recurso de apelación (Archivo No. 4 ib.)

1. Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial del extremo activo de la litis presentó recurso de apelación, al considerar que “*la expectativa del demandante de acudir ante la Jurisdicción, con el fin de hacer valer el derecho reclamando en el presente medio de control, surgió al considerar que éste no estaba prescrito en los términos de la sentencia de unificación No. SU CE-SUJ004 del 2016, proferida por el Honorable Consejo de Estado; C.P. Dr. LUIS RAFAEL*

*VERGARA” (Pág. 2).*

1. Señaló que, en los términos de la reseñada sentencia, mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede hablar de prescripción de las cesantías (particularmente las anualizadas en el marco de la Ley 50 de 1990), por cuanto, el derecho a dicho emolumento fue creado por el legislador como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador, por lo que los parámetros para su reconocimiento, siempre han estado directamente relacionados con su retiro del servicio. Así, que como se señaló en esa misma providencia, aunque existan pagos parciales, lo cierto es que la liquidación que se realiza para ese efecto no resulta definitiva, pues solo adquiere este carácter cuando termina la relación laboral, momento en el cual se efectúa la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

1. Entonces, que como se logró acreditar al interior de presente proceso, que con ocasión de la supresión DAS, el aquí demandante fue incorporado sin solución de continuidad a la Fiscalía General de la Nación, donde prestaba aún sus servicios a la fecha de presentación de la demanda, no cabe duda que su vinculación laboral no había finalizado, por lo que no había empezado a contabilizarse el término de prescripción de sus cesantías.

1. Por otra parte, puntualizó que la decisión de primera instancia contravino la sentencia SU 406 de 2016 proferida por la Corte Constitucional (M.P. Luis Guillermo Guerrero López), que señaló que, ante el presupuesto de la vinculación general, obligatoria e inmediata de la jurisprudencia, deben tenerse en cuenta las condiciones sustanciales y procesales de cada caso, para evitar que, so pretexto de la aplicación formal del precedente, se desconozcan derechos fundamentales.

1. Por lo anterior, solicitó revocar el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, conceder las súplicas de la demanda.

**Trámite de segunda instancia**

# Admisión del recurso de apelación (Archivo No. 3 – Exp. Digital 2° Instancia)

1. Mediante auto de 21 de enero de 2022,se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y, se ordenó la notificación al Ministerio Público delegado ante esta Corporación. Asimismo, se ordenó que cumplido lo anterior, ingresara el expediente al despacho, bien para proveer sobre pruebas (en caso de que fuere necesario su decreto), bien para proferir sentencia; de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

1. Ulteriormente, el 25 de febrero de 2022 ingresó el proceso al despacho, para proferir sentencia.

**III. CONSIDERACIONES**

# Competencia

40. De conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso8, el superior **no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada.** Así, por demás, lo puntualizó la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estadoen sentencia de 23 de febrero de 2017, al señalar:

*“(…) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «…*únicamente en relación con los reparos concretos *formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.».* ***En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.*** *Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 20079:*

*“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto,* ***la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.*** *En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.”*

*Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política (…)” -Negrilla fuera del texto original*

*-.*

1. Así las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de *non reformatio in pejus*, el cual, protege la situación del apelante único, para que no se haga más gravosa.

1. Bajo los anteriores parámetros entonces, será decidido el recurso formulado por el extremo demandante.

# Problema jurídico

1. “(…) Artículo 328. Competencia del superior. “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. “Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

“En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

“El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

“En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (…)”

1. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado No. 9708-2005, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

1. En los términos precisos que motivan la alzada, corresponde a la Sala dilucidar si debe revocarse el numeral segundo la sentencia de primera instancia, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción. A ese efecto, atañe determinar si como lo consideró la a quo, operó en el caso concreto el fenómeno jurídico procesal de la prescripción extintiva respecto del derecho reclamado por el señor Hernán Álvarez Bernal, consistente en la reliquidación de sus cesantías anualizadas y los intereses sobre las mismas, correspondientes al periodo comprendido del 29 de noviembre de 1994 al 31 de diciembre de 2011.

1. En punto a la resolución del problema jurídico planteado, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente procedente respecto del caso concreto.

1. En gracia de claridad, se dejará dicho desde ahora, que en el evento que se acredite que -contrario a lo argüido por la a quo- **no** operó en el caso concreto el fenómeno de prescripción extintiva, la Sala deberá examinar la consolidación y/o configuración del derecho prestacional debatido, para lo cual, le corresponderá dilucidar si el régimen prestacional aplicable al demandante como ex empleado del extinto DAS, para efectos de liquidar sus cesantías, permitía la inclusión de la prima especial de riesgo, por aquel devengada. Esto, en la medida que -como se verá más adelante- la falladora de primera instancia, ningún pronunciamiento y/o imperativo emitió en la parte resolutiva del proveído apelado, respecto de la existencia o no, del referido derecho prestacional debatido.

1. Si bien negó las pretensiones de la demanda, lo hizo únicamente por razón del acaecimiento del fenómeno prescriptivo enunciado, más no por la inexistencia del derecho prestacional deprecado, previó el análisis jurídico pertinente.

# Tesis de la Sala

1. Al prosperar el cargo de disenso formulado por el extremo accionante en sede de apelación, la Sala revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva. Para tal fin, sostendrá la siguiente tesis: en los términos de la sentencia de unificación CESUJ2-004-16 de 25 de agosto de 2016[[8]](#footnote-8), cuando se solicita la reliquidación de cesantías anualizadas, como ocurrió en el asunto objeto de estudio, no opera el fenómeno de la prescripción extintiva, siempre que se encuentre vigente el vínculo laboral.

1. De otra parte, y en consideración a la conclusión antedicha, esto es, la referida a que **no** operó en el caso concreto el fenómeno de prescripción extintiva, se indicará en lo que tiene que ver con la consolidación y/o configuración del derecho prestacional debatido, que el régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 (aplicable al señor Hernán Álvarez Bernal) prevé que, para efectos de la liquidación de las cesantías, deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 ejusdem, norma que no incluye la prima especial de riesgo, razón por la cual, el aquí demandante no tiene derecho a que se le tenga en cuenta dicho factor para efectos de la liquidación de la prestación.

1. Se dejará precisado, asimismo, que aun cuando en relación con el tópico referido, ningún reparo se formuló en el escrito de alzada; lo cierto es que al estarse resolviendo una litis de carácter laboral, como es la reliquidación del auxilio de cesantías del aquí demandante, el principio prohibitivo de la reformatio in pejus no es de carácter absoluto, pues tal como lo han considerado de antaño, no sólo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[9]](#footnote-9), sino también el Consejo de Estado[[10]](#footnote-10), se admite que en determinados eventos el superior pueda cambiar la parte no impugnada de una decisión, como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida, es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella, situación que es la configurada en el sub judice.

1. En todo caso, deberá señalarse adicionalmente, que al realizar el análisis fáctico y jurídico del derecho pretendido por el accionante, no se desconoce ni transgrede en manera alguna el principio de la *non reformatio in pejus*, que protege la situación del apelante único para que no se haga más gravosa, pues aun cuando la falladora de primera instancia se refirió en las consideraciones generales del proveído apelado, al derecho del actor a que sus cesantías fueran reliquidadas teniendo en cuenta como factor salarial la prima especial de riesgo por aquel devengada durante el periodo en que prestó sus servicios en favor del extinto DAS, **lo cierto es que ningún momento fue reconocido derecho alguno en la parte resolutiva de la sentencia, en la medida que hizo alusión únicamente a la existencia del fenómeno prescriptivo.**

**Análisis del caso concreto**

# De la eventual configuración del fenómeno de prescripción extintiva en el caso concreto

1. Tal como se aseveró, en los términos que motivan la alzada, corresponde a la Sala dilucidar si debe revocarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para lo cual, atañe determinar si como lo consideró la a quo, operó en el caso concreto el fenómeno de prescripción extintiva, respecto del derecho reclamado por el señor Hernán Álvarez, consistente en la reliquidación de sus cesantías anualizadas e intereses sobre las cesantías, causadas en el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2011.

1. Conforme se lee en el proveído recurrido, la autoridad judicial de primer grado declaró probada de oficio la excepción de prescripción y, como consecuencia de ello, negó las pretensiones de la demanda, al advertir que conforme a las previsiones de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles. Por tal razón, y en atención a las circunstancias puntuales del caso concreto, esgrimió las siguientes consideraciones:

*“(…) en el caso particular de las cesantías liquidadas anualmente, como en el asunto en estudio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho término de prescripción se cuenta a partir de la notificación del acto de reconocimiento, salvo que, con ocasión del retiro del servicio* ***u otra circunstancia como el retiro parcial de las cesantías****, el empleado conozca el valor de estas.*

*Ahora, en el presente asunto si bien se encuentra probado que la prestación le fue liquidada y pagada anualmente por el D.A.S. al demandante, a través del FNA, desde 1990 hasta 2011, no fueron aportados los actos de liquidación, ni su notificación en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 3118 de 1968, y por lo tanto no tiene certeza el despacho de si esa notificación se surtió anualmente y si es así en qué fechas exactamente.*

*Sin embargo, del extracto individual de cesantías se desprende que el demandante realizó retiros parciales de cesantías, en su mayoría para abonos a crédito hipotecario, en enero 7 de 2000, en marzo 23 de 2000, en abril 27 de 2000, en abril 6 de 2001, en septiembre 26 de 2001, en febrero 15 de 2002, en febrero 20 de 2003, en febrero 27 de 2004, en febrero 15 de 2005, en febrero 22 de 2006, en febrero 28 de 2007, en mayo 14 de 2007, en febrero 15 de 2008, en marzo 28 de 2008, en abril 15 de 2009, en junio 2 de 2010, en marzo 3 de 24 de 2011 y en febrero 9 de 2012.*

*Lo anterior, implica que a partir de las fechas aludidas el demandante tuvo conocimiento de como le fueron liquidadas sus cesantías y por lo tanto a partir de ese momento se hizo exigible el derecho que ahora reclama, no obstante, desde el último retiro parcial el 9 de febrero de 2012, hasta la reclamación administrativa el 2 de julio de 2019, pasaron mas de 7 años, lo que hace evidente que en el caso operó el fenomeno extintitivo de prescripción, pues se superaron ampliamente los 3 años a que se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, situación que se extiende a los intereses sobre las cesantías (…)” (Pág. 24 – Archivo No. 2) – Subraya la Sala –.*

1. Por su parte, el extremo demandante en sede de apelación, sostuvo que “*la expectativa del demandante de acudir ante la Jurisdicción, con el fin de hacer valer el derecho reclamando en el presente medio de control, surgió al considerar que éste no estaba prescrito en los términos de la sentencia de unificación No. SU CE-SUJ004 del 2016, proferida por el Honorable Consejo de Estado; C.P. Dr. LUIS RAFAEL*

*VERGARA” (Pág. 2).*

1. Explicó que, en los términos de la reseñada sentencia, mientras esté vigente el vínculo laboral del trabajador, no se puede hablar de prescripción de las cesantías (particularmente las anualizadas en el marco de la Ley 50 de 1990), por cuanto, el derecho a dicho emolumento fue creado por el legislador como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador, por lo que los parámetros para su reconocimiento, siempre han estado directamente relacionados con su retiro del servicio. De suerte que, como en el caso concreto la vinculación laboral del señor Hernán Álvarez Bernal no ha finalizado, ciertamente no ha empezado a contabilizarse el término de prescripción para realizar reclamaciones frente a sus cesantías.

1. Sobre el particular, lo primero que dirá la Sala, es que la prescripción extintiva del derecho es una sanción a la inactividad prolongada e injustificada del titular del derecho para efectuar su reclamación. Así, que, en materia laboral administrativa, la prescripción de derechos prestacionales de los empleados públicos está regulada, por regla general, en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y complementariamente en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, que grosso modo, establecen que una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres (3) años para reclamarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.

1. Sin embargo, tratándose concretamente del derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016[[11]](#footnote-11), traída en cita por el extremo apelante, concluyó que **las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible** **durante la vigencia del vínculo laboral**, mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción. Para tal fin, emitió las siguientes consideraciones:

*“(…) Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las* ***cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción,*** *pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.*

*No obstante, cuando se trata de la consignación de las* ***cesantías definitivas,*** *si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado****, sí procede el fenómeno prescriptivo****, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.*

*En los anteriores términos se precisa que* ***las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno*** *(…)” – Se destaca –.*

1. En esa línea argumentativa, se justificó la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas, en el hecho que consisten en un ahorro que hace parte del patrimonio del empleado, al ser destinadas a la cuenta individual que a su nombre se haya creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido. De ese modo, que tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un ‘ahorro’ en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley[[12]](#footnote-12), será retirado al momento en que quede cesante, o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral.

1. En el caso concreto del señor Hernán Álvarez Bernal, se tiene que prestó sus servicios DAS desde el 20 de noviembre de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando como último cargo el de Detective Profesional 207-10 en la Seccional Boyacá, en calidad de empleado público (Archivo No. 006 - Págs. 37, 65 a 79). Asimismo, que a partir del 1° de enero de 2012, fue incorporado **sin solución de continuidad** a la Fiscalía General de la Nación, encontrándose activo en tal entidad al momento de interponer la demanda, esto es 19 de diciembre de 2019 (Archivo No. 001 – Pág. 302), y desempeñando el cargo de Técnico Investigador II (Archivos Nos. 006 y 024 – Págs. 76, 79 a 82, y 121, 230 y 320, respectivamente).

1. Por tanto, en la línea argumentativa esbozada, no cabe duda a la Sala que no es posible hablar en el caso de autos de la existencia del fenómeno de prescripción, pues la reclamación del aquí demandante se realizó teniendo un vínculo laboral aún vigente.

1. En ese orden, la prescripción que el despacho judicial de primera instancia aplicó al derecho prestacional reclamado por el aquí demandante, ciertamente no resulta válido, en la medida en que, conforme a la sentencia de unificación previamente reseñada, hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el servidor reclame sus prestaciones y, esta novedad, se itera, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente.

1. Así,la única opción posible a esta Sala, es acudir a la mencionada sentencia de unificación, la cual se toma como precedente vinculante y obligatorio por emanar de un órgano diseñado para la unificación de la jurisprudencia. En garantía de la seguridad jurídica, acudir a las reglas de interpretación fijadas por el Consejo de Estado no es una alternativa, sino una decisión de obligatorio cumplimiento para los inferiores funcionales, como son los jueces y los tribunales.

1. Por tal razón, se encuentra llamado a prosperar el cargo de apelación examinado, situación que impone a esta Corporación revocar la decisión de declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva, contenida en el numeral segundo del proveído apelado.

1. Ahora, vale precisar en este punto, que la a quo al advertir configurado el fenómeno prescriptivo, resolvió negar las pretensiones de la demanda. Con todo, ningún imperativo emitió en la parte resolutiva de la sentencia censurada, respecto de la existencia o no, del derecho prestacional debatido.

1. Es así, que si bien en las consideraciones generales de la providencia recurrida, la a quo indicó que “*en el sub judice resultaría pertinente acceder a las pretensiones de la demanda inaplicando por inconstitucional e ilegal la expresión “Esta prima no constituye factor salarial”, contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1137 de 1994, y la expresión “La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial” del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 y por lo tanto declarar la nulidad del acto administrativo demandado por violación de las normas en que debía fundarse” (Pág. 24)*;lo cierto es queno consignó en su parte resolutiva (que es la vinculante) obligación de ningún tipo con cargo de la entidad demandada y en favor del aquí demandante, en ese sentido. Esto, puntualiza la Sala, pese a que, en los términos transcritos, pareció advertir la procedencia de las pretensiones de la demanda.

1. Además, aun cuando la autoridad judicial referida, negó las pretensiones de la demanda en el numeral tercero de la reseñada sentencia, no cabe duda en este punto, que lo hizo con fundamento exclusivo en el acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, más no porque una vez efectuado el análisis fáctico y jurídico correspondiente, haya concluido la inexistencia del derecho prestacional deprecado.

1. En ese orden de ideas, no pasa por alto la Sala que no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia de primer grado en la parte que no fue objeto del recurso; tampoco que en relación con la consolidación y/o configuración del derecho prestacional reclamado por el aquí demandante, ningún reparo se formuló en el escrito de alzada. Sin embargo, considera que al estarse resolviendo una litis de carácter laboral, como es la reliquidación del auxilio de cesantías del accionante, el principio prohibitivo de la reformatio in pejus no es de carácter absoluto, pues tal como lo ha considerado de antaño, no sólo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[13]](#footnote-13), sino también el Consejo de Estado[[14]](#footnote-14), se admite que en determinados eventos el superior pueda cambiar la parte no impugnada de una decisión, como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida, es necesario hacer modificaciones **sobre puntos íntimamente relacionados con aquella** o aspectos procesales como la configuración de la prescripción[[15]](#footnote-15), situación que es la configurada en el sub judice. Por tal razón, es justamente la omisión de la a quo en decidir en su providencia, el derecho reclamado por el accionante, la que permite que esta Corporación se pronuncie frente a su eventual existencia, sin exceder en modo alguno su competencia funcional -restringida legalmente- en esta instancia, lo anterior si se tiene en cuenta que para hablar de la prescripción de un derecho debe mediar su reconocimiento previo.

1. En armonía con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 6 de abril de 2018[[16]](#footnote-16), unificó su jurisprudencia y limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, de manera que, si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante.

1. Por consecuencia, al estar íntimamente relacionada la prescripción de un derecho con su reconocimiento previo, procederá la Sala a examinar la consolidación del derecho prestacional debatido, para lo cual, deberá dilucidar si el régimen prestacional aplicable al demandante como empleado del extinto DAS, para efectos de liquidar sus cesantías, permite la inclusión de la prima especial de riesgo. Esto, se insiste sin perjuicio de que resulte reiterativo, porque la falladora de primera instancia ningún imperativo emitió en la parte resolutiva del proveído apelado, respecto de la existencia o no, del derecho debatido.

1. Al respecto, desde ahora se dejará dicho, que la Sala sostendrá la siguiente tesis: El régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 prevé que, para efectos de la liquidación de las cesantías, deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 ejusdem, norma que no incluye la prima especial de riesgo, razón por la cual el señor Hernán Álvarez Bernal no tiene derecho a que se le tenga en cuenta dicho factor para efectos de la liquidación de su prestación. Veamos:

# Régimen prestacional aplicable a los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS

1. En virtud de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República en el artículo 1º de la Ley 43 de 1988, el Gobierno Nacional expidió el

Decreto 1933 de 1989, *“[p]or el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”,* indicó:

*“****Artículo 1.º. Norma general.*** *Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece”.*

1. De manera que, los empleados del extinto DAS tenían derecho a las prestaciones reguladas en el Decreto 1933 de 1989, pero también a todas aquellas previstas en las normas que regulaban el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional.

1. En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 al reglamentar lo relacionado con las cesantías, definió **expresamente** cuáles serían los factores para liquidar dicha prestación de los empleados del DAS, al señalar en su artículo 18 lo siguiente:

*“****Artículo 18. Factores para la liquidación de cesantía y pensiones.*** *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:*

* 1. *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*

* 1. *Los incrementos por antigüedad;*

* 1. *La bonificación por servicios prestados;*

* 1. *La prima de servicio;*

* 1. *El subsidio de alimentación;*

* 1. *El auxilio de transporte;*

* 1. *La prima de navidad;*

* 1. *Los gastos de representación;*

* 1. *Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;*

* 1. *La prima de vacaciones”*

1. Nótese entonces, que, en los términos transcritos, se precisan con claridad cuáles son los factores sobre los cuales se debe liquidar el auxilio de cesantías, sin que en dicho listado se incluya la prima especial de riesgo.

1. En ese sentido, el Decreto 1933 de 1989 contempló en su artículo 4 una prima de riesgo, en los siguientes términos:

*“(…)* ***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 (…)”*

1. Posteriormente, el Decreto 1137 de 1994 previó la prima de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, así:

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

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

1. Finalmente, tanto el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 como el Decreto 1137 de 1994 fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994, en los siguientes términos:

*“(…)* ***Artículo 1o.*** *Los empleados del Departamento Administrativo de*

*Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective*

*Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.*

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

***Artículo 3o.*** *Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y*

*Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.*

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

***Artículo 4o.*** *La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994 (…)” -Subrayado de la Sala-.*

1. Bajo ese entendido, de las diferentes normas citadas que regulan y regularon en su momento, la prima de riesgo para los empleados del DAS, se puede observar cómo **el legislador dispuso expresamente que esta no constituye factor salarial.**

1. Ahora bien, en el libelo introductorio el demandante considera que la prima de riesgo debe ser computada en la liquidación en sus cesantías, según la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013[[17]](#footnote-17), que determinó que es un factor salarial constitutivo del ingreso base de liquidación de las pensiones de los detectives del extinto DAS. Sin embargo, en efecto la sentencia de unificación citada le dio la connotación de factor salarial a la prima de riesgo, **no obstante, solo lo hizo en materia pensional.**

1. Por consiguiente, desde una óptica histórica y exegética se puede concluir que la voluntad del legislador siempre ha sido que la prima de riesgo no constituya factor salarial. Al respecto, en reciente sentencia de 23 de enero de 2020 (Exp. 08001-23-33000-2013-00610-01), la Sección Segunda del Consejo de Estado, realizó las siguientes precisiones:

*“(…) \* La sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 determinó que la prima de riesgo percibida por los empleados del extinto DAS tenía un innegable carácter salarial al hacer parte de la contraprestación directa a que tenían derecho por sus servicios prestados en los diferentes cargos de la entidad, según lo previsto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994.*

* + *Sin embargo, la providencia en cita solo hizo referencia a la posibilidad de incluir la prima de riesgo como factor salarial en el cómputo del IBC de la pensión de jubilación o de vejez de los servidores públicos que laboraban en el Departamento Administrativo de Seguridad. Ello se advierte al sostenerse que la finalidad de la unificación jurisprudencial en dicha ocasión consistía en:*

*«[…] unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados. […]» (Subrayado de la Sala)*

* + *En ese sentido, la prestación a la que aludió la sentencia de unificación, se reitera, fue la pensión de jubilación o la de vejez, prestación que difiere del auxilio de cesantía, respecto del cual el legislador determinó taxativamente los factores salariales bajo los cuales se debe liquidar.*

* + ***A su vez, el auxilio de cesantía no fue objeto de estudio en la sentencia de unificación de 2013, motivo por el cual no puede extenderse la interpretación efectuada por esta Corporación a una prestación diferente, aun cuando ambas, pensión de jubilación y cesantías, estuviesen reguladas por la misma norma en cuanto a los factores para su liquidación según se observa del contenido del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989****.*

***En ese orden de ideas, para la subsección no es posible extender los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 1.º de agosto de 2013 en la forma pretendida por el demandante, esto es, incluir la prima de riesgo como factor para liquidar y pagar el auxilio de cesantías, por cuanto se trata de prestaciones diferentes. Aunado a ello, conforme se estudió en precedencia la sentencia en cita no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para efectos de la forma en que deben reconocerse y pagarse las cesantías a quienes laboraron en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad***

*(…)” – Subraya del original, negrilla de la Sala –.*

1. Y en la misma línea de pensamiento, en providencia de 19 de febrero de 2020 (Exp. 11001-03-15-000-2020-00002-00(AC))[[18]](#footnote-18), la mencionada Corporación consideró:

*“(…) En el caso bajo estudio, no puede predicarse la configuración del desconocimiento del precedente judicial, en tanto la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, no resulta vinculante para resolver el asunto bajo estudio, pues allí se establece que la prima de riesgo de los ex funcionarios del DAS constituye factor salarial (para reliquidaciones pensionales), por haber sido percibida en forma periódica y como retribución directa del servicio.* ***Sin embargo, al no haberse extendido expresamente dicha subregla a la liquidación de prestaciones sociales, no resulta obligatorio para la autoridad judicial accionada, en razón a que se encuentra fuera de los supuestos fácticos que justificaron la decisión*** *(…)” - Se destaca -.*

1. Luego, si bien en la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la prima de riesgo constituía *factor salarial para efectos pensionales,* **respecto a las demás prestaciones sociales no precisó alguna regla jurisprudencial que sea aplicable en la discusión propuesta por la parte demandante.**

1. Entonces, retomando la línea argumentativa enunciada, señalará la Sala que, en el sub judice, el demandante solicitó -en términos generales- la reliquidación de sus cesantías y de los intereses causados sobre las mismas, correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta como factor salarial, la prima especial de riesgo por aquel devengada.

1. Con todo, siguiendo el criterio normativo y jurisprudencial antes referido, colige la Sala, que su pretensión no resulta procedente, por cuanto, el régimen prestacional especial regulado en el Decreto 1933 de 1989 (el cual le resulta aplicable) prevé que para efectos de la liquidación de las cesantías deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el artículo 18 ejusdem, el cual no incluye la prima especial de riesgo, razón por la cual, aquel no tiene derecho a que se le tenga en cuenta dicho factor para efectos de la liquidación de su prestación.

1. Así las cosas y dado que fue el mismo legislador quien estableció que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, encuentra la Sala que no podría otorgarse efectos diferentes pues, conforme lo ha sostenido de manera pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *“[e]l legislador conserva una cierta libertad parta establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.* ***El considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional***[[19]](#footnote-19)”- Se destaca -.

1. Por consecuencia, siguiendo la línea argumentativa hasta aquí precisada, la Sala no encuentra que la exclusión por parte del legislador de la prima especial de riesgo como factor salarial para la liquidación de cesantías de los empleados del extinto DAS, desconozca el artículo 53 Constitucional, ni las normas que integran el bloque de constitucionalidad que contemplan la naturaleza de salario, por lo que no hay lugar a dar aplicación la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad pretendida por el actor en el presente asunto.

1. En suma, no es procedente la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las cesantías como lo pretende la parte demandante.

1. En este punto, estima la Sala necesario precisar, que, con el análisis precedente, no se desconoce en manera alguna el principio de *non reformatio in pejus*, que protege la situación del apelante único para que no se haga más gravosa, pues tal como se dejó señalado en líneas anteriores, pese a que la falladora de primera instancia se refirió en las consideraciones generales del proveído apelado, frente al derecho del accionante a que sus cesantías fueran reliquidadas teniendo en cuenta como factor salarial la prima especial de riesgo por aquel devengada durante el periodo en que prestó sus servicios en favor del extinto DAS**, lo cierto es que ningún momento le otorgó derecho alguno en la resolución de la litis.**

1. Con todo, bastará con señalar que se está en el caso concreto frente al derecho irrenunciable de todos los trabajadores al auxilio de las cesantías, resguardado por los principios del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política (artículo 53), por lo que, ante tales razones de índole constitucional, la Sala tiene la competencia para pronunciarse al respecto, a efecto de emitir un pronunciamiento puntual frente al derecho puesto en consideración de esta jurisdicción, por el aquí demandante, máxime si el mismo está íntimamente ligado con el tema de apelación relativo a la prescripción del mismo.

# Conclusión

1. Al prosperar el cargo de disenso formulado por el extremo demandante en sede de apelación, la Sala revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva.

1. Por otra parte, y en la medida que se encontró acreditado que no resulta procedente la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las cesantías como lo pretende la parte demandante, se confirmará el numeral tercero del proveído apelado, que negó las pretensiones de la demanda, **pero no por razón de la prescripción extintiva declarada de oficio por la autoridad judicial de primera instancia, sino por las razones expuestas en esta sentencia**. Igual suerte correrán los numerales restantes de la decisión apelada (que declararon no probada la excepción de caducidad -primero- y se abstuvieron de imponer condena en costas cuarto-), en tanto, se trata de aspectos que ya fueron decididos por la a quo, en relación con los cuales ningún reparo se formuló en el escrito contentivo del recurso de apelación que da lugar a la instancia.

 **IV. COSTAS**

# Costas en primera instancia

91. En la sentencia de primera instancia, la *A quo* no condenó en costas.

Comoquiera que dicha decisión no fue objeto de recurso, permanecerá incólume.

# Costas en segunda instancia

1. En relación con la condena en costas en segunda instancia, bastará señalar que, como el recurso de apelación que dio lugar a esta instancia, fue presentado el 23 de septiembre de 2021 (Archivo No. 5), le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 2080 de 2021[[20]](#footnote-20), que entró a regir el 25 de enero de 2021.

1. Así, el artículo 47 de dicha norma, adicionó el artículo 188 de la Ley 1437de 2011 y, dispuso que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Comoquiera que no se advierte que tal circunstancia haya ocurrido en el sub judice, no se condenará en costas por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de

Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

# FALLA

**Primero.** Revocar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva.

**Segundo.** Confirmar en lo demás la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, **pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

**Tercero.** Sin costas en esta instancia.

**Cuarto.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al Despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala Virtual, en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

Magistrada

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Magistrado

# FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

**HOJA DE FIRMAS**

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Hernán Álvarez Bernal**

## Demandado: PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio Expediente: 15001-33-33-009-**2019-00263**-01

1. La demanda fue inadmitida mediante autos de 2 de marzo (Archivo No. 001 – Págs. 304 y 305) y 5 de agosto de 2020 (Archivo No. 003). En la primera oportunidad, se requirió a la parte actora para que aportara certificados provenientes de la entidad demandada, en los constara el último lugar de presentación de servicios del aquí demandante, o en su defecto, manifestara tal información bajo la gravedad de juramento. Por su parte, en la segunda, se advirtió una indebida acumulación subjetiva de pretensiones, en atención a que la demanda fue presentada por varios demandantes, sin tener en cuenta que la relación legal de cada uno de ellos con la entidad demandada, era diferente, sin que se evidenciara una misma circunstancia fáctica y jurídica sobre la cual pronunciarse. En esas condiciones, se solicitó al extremo accionante que corrigiera la falencia anotada “dejando solo a un demandante y desglosando los documentos correspondientes a los demás demandantes y si considera remitirlos a la Oficina judicial de los Juzgados Administrativos de Tunja, para que les sea asignada nueva radicación, de forma independiente y separada, tomando como fecha de presentación, en cada caso, la de la primera demanda”. En ambos casos, las exigencias de la autoridad judicial de primer grado, fueron oportunamente atendidas por el extremo activo de la litis. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fecha en la cual fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación, sin solución de continuidad. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 1° de agosto de 2013. CP. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado 44001 23 31 000 2008 00150 01 (0070-11). [↑](#footnote-ref-3)
4. Se dejó establecido, en todo caso, lo siguiente: “Respecto a las denominadas “inexistencia de obligación de pagar obligaciones de funciones trasladadas a otras entidades,” se observa que su sustento es similar al de la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva ya resuelta, y frente a la excepción denominada “desconocimiento de la potestad legislativa”, esta se subsume en la excepción de fondo denominada “improcedencia de reconocer la prima de riesgo como factor salarial a ex funcionarios del extinto D.A.S.” (Pág. 6). [↑](#footnote-ref-4)
5. Esto, en los siguientes términos: “Se contrae a establecer si el accionante tiene derecho a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías, que devengó desde el 29 de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, incluyendo como factor salarial la prima de riesgo creada a través del Decreto 2646 de 1994 y 1137 de 1997; y como consecuencia de lo anterior si tiene derecho al pago de las diferencias que resulten” (ib.). [↑](#footnote-ref-5)
6. De conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1° del artículo 164 del CPACA. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011). [↑](#footnote-ref-7)
8. Exp. 08001-23-31-000-2011-00628-01 (528-14) CE-SUJ2-004-16, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 18 de marzo de 1989. Expediente 10.398. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sección Tercera Sala Plena Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 09 de febrero de 2012.

Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060) [↑](#footnote-ref-10)
11. Sección Segunda, Exp. 08001-23-33-000-2014-00115-01(1568-18), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-11)
12. Según las cuales se pueden hacer retiros parciales, con destino a compra o remodelación de vivienda, educación, entre otros. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 18 de marzo de 1989. Expediente 10.398. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sección Tercera Sala Plena Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 09 de febrero de 2012. Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060). [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibidem: “*Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo….* ***de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa****, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada” – Resaltado por la Sala -* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 6 de abril de 2018, rad. 46005, C. P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente: 440012331000200800150 01. Demandante: Enrique Duque Blanco. Demandado: Caja Nacional de

Previsión Social. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Consejera ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia C- 279-1996. [↑](#footnote-ref-19)
20. “Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción” [↑](#footnote-ref-20)