

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Meta - Sala Plena de Decisión

MAGISTRADO PONENTE: HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Villavicencio, agosto veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 50001333300320130015301
DEMANDANTE: CÉSAR ARTURO ORTÍZ UMAÑA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA
JURÍDICA DEL ESTADO Y PAP
FIDUPREVISORA S.A
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

ASUNTO:

Derrotada la ponencia inicialmente presentada por el despacho de la Magistrada, Dra. **TERESA HERRERA ANDRADE**, resuelve la Sala Plena mayoritaria del Tribunal Administrativo del Meta¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de julio de 2015, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda y sus pretensiones

¹En el auto del 18 de marzo de 2021, dictado por la Sala Plena de Decisión de este Tribunal, registrado en el expediente digital alojado en el aplicativo Tyba, como: ACT_AUTO DECIDE_26-03-2021 1.30.33 P.M., se dispuso que se unificará la posición del tribunal respecto del carácter periódico o unitario de la prima de riesgo cuando se reclama como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los ex empleados del extinto DAS y la consecuente caducidad o no del medio de control; igualmente, en dicha decisión se dispuso la desvinculación de la FGN (entidad que en la sentencia de primera instancia se tuvo como sucesor procesal del extinto DAS y fue condenada, por lo que interpuso el recurso de apelación que fue concedido ante esta Corporación) y en su lugar, se tiene como sucesor procesal del extinto DAS., a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. Igualmente, vincular al patrimonio autónomo PAP FIDUPREVISORA S.A DEFENSA JURIDICA EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD- DAS- Y SU FONDO ROTATORIO, cuya vocera es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

CÉSAR ARTURO ORTÍZ UMAÑA, solicitó se declare la nulidad del Oficio No. DAS.STH.GAPE.ABG.No. 1-2012-113868-2 del 03 de agosto de 2012, que le negó el pago de la prima de riesgo como factor salarial de las prestaciones sociales liquidadas.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que a título de restablecimiento del derecho, se le reconozca como factor salarial, para todos los efectos legales, la prima especial de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994; además pidió, que se ordene pagar retroactivamente el reajuste de todas las prestaciones sociales causadas, como son: primas legales, bonificación por prestación de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, cesantías e intereses de cesantías, debidamente indexadas, incluyendo los intereses moratorios que se desprendan de la falta de pago de esos conceptos, de acuerdo con el monto devengado como prima de riesgo sobre el salario básico percibido.

Igualmente pidió, que por vía de excepción se inaplique el artículo 4º del Decreto 2646 y que se ordene la actualización o ajuste al valor de la condena respectiva, desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Como situación fáctica, narró, que prestó sus servicios laborales en el DAS en calidad de detective y que en el mes de diciembre de 2011 fue reubicado en otra entidad estatal en virtud del proceso de supresión del DAS establecido en el Decreto 4057 de 2011, indicando que durante toda su permanencia en el Departamento Administrativo de Seguridad devengó la prima especial de riesgo de manera permanente como contraprestación directa de sus servicios, no obstante la referida prestación nunca fue tomada en cuenta como factor salarial, a pesar de percibirla de manera habitual y periódica, por lo que, en el año 2012 elevó petición al DAS en supresión solicitando el reconocimiento de la mentada prima como factor salarial, frente a lo cual la entidad respondió de manera desfavorable.

Como fundamentos jurídicos, invocó el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 2, 53 y 90 de la Constitución Política y demás normas

concordantes.

Arguyó en el concepto de violación, que la prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios operativos y administrativos del DAS, que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por lo tanto les fue cancelada la referida prima en forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio.

Señaló, que en sentencia del 7 de abril de 2011, dentro del radicado 0953 de 2010, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", se contempló que *"la prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada la prima en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que desdibujan el concepto per se de la citada prima para convertirla en salario"*, de lo que se colige que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les otorgue, tales como asignación básica, gastos de representación, prima de servicios, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima técnica, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual.

Dijo, que a pesar de lo anterior, la prima de riesgo nunca le fue tomada en cuenta como factor salarial a pesar de percibirla de manera habitual, desconociéndose abiertamente lo manifestado en la jurisprudencia y vulnerando los principios de orden constitucional como la favorabilidad del trabajador y los mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

La sentencia apelada

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda,

declarando la nulidad del acto administrativo demandado; a título de restablecimiento del derecho condenó a la Fiscalía General de la Nación a reconocer el carácter salarial de la prima especial de riesgo devengada por el actor y reliquidar las prestaciones sociales en las que tenga incidencia ese reconocimiento, así como a pagar las diferencias que resulten por cuenta de la reliquidación de prestaciones ordenada a partir del 9 de julio de 2009.

En suma, explicó, que de acuerdo con el precedente jurisprudencial a los pensionados del extinto DAS, beneficiarios del régimen de transición, les asiste el derecho a que en la determinación del IBL pensional se les tenga en cuenta la prima de riesgo.

Indicó, que de acuerdo con la jurisprudencia queda claro que el concepto "*salario y prestaciones en dinero*" engloba todos los ingresos laborales que percibe el trabajador como retribución por el servicio personal que presta al empleador o como asunción económica de las contingencias propias del ejercicio de la actividad laboral.

Señaló, que la prima de riesgo fue establecida en el artículo 4° del Decreto 1933 de 1989 "*Por medio del cual se expide el régimen Prestacional para los empleados del D.A.S.*"; posteriormente, en el Decreto 132 de 1994 "*Por el cual se dictan normas en materia salarial*" se consagró el pago de la misma en un equivalente al 20% adicional de la asignación básica mensual de los servidores públicos conductores de Ministros y Directores del Departamento Administrativo, estableciéndose que no tendría carácter salarial; seguidamente, en el Decreto 1137 de 1994, "*Por el cual se crea una Prima Especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del D.A.S.*" se amplió en un 30% adicional, de la asignación básica y reiterando que la misma no constituye factor salarial; finalmente, se dictó el Decreto 2646 de Noviembre 29 de 1994 "*Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo con carácter permanente para algunos empleados del D.A.S.*", en el cual la consagró para la totalidad de los empleados en sus distintos cargos y áreas, disponiendo expresamente en su artículo 4°: "*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 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.*"

Resaltó, que el propósito del Decreto 1933 de 1989 fue precisamente, otorgar un beneficio adicional al concepto de sueldo o salario, otorgando una prestación en dinero para determinados funcionarios del DAS, en atención a las especiales situaciones en que era prestado el servicio por parte de estos y es por ello que en el mencionado decreto se crearon las primas de orden público, para trabajadores permanentes en zonas afectadas por el orden público; del clima, para los trabajadores permanentes que prestaran el servicio en climas malsanos; de riesgo, para algunos trabajadores en razón al riesgo que representaba la prestación del servicio en ciertas áreas de trabajo y, de instalación, para trabajadores que eran trasladados con carácter permanente a sitios diferentes a donde tenían radicado su domicilio familiar.

Destacó, que al momento de creación de la prestación en dinero, la misma no se concibió como exceptuada de ser tenida en cuenta como factor salarial, sino que fue con posterioridad que se adicionó dicha exclusión normativa, es decir, que indefectiblemente se establece el vínculo directo entre la retribución y la actividad laboral desplegada, que permite afirmar con certeza que la prima de riesgo tiene la connotación de constituir factor salarial para efectos de determinar las prestaciones sociales.

Refirió, que lo anterior fue la motivación que llevó al Consejo de Estado a concluir que la prima de riesgo si goza de una naturaleza salarial intrínseca que permite que 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, destacando, que el mismo razonamiento resulta aplicable para efectos de afirmar que constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales del trabajador y por lo tanto, resulta contraria a principios constitucionales la preceptiva contenida en el artículo 4 del Decreto 2646 de noviembre 29 de 1994, que establece que la prima especial de riesgo percibida por funcionarios del DAS, no constituye factor salarial.

El recurso de apelación

La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación,

solicitando que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Insistió, que el acto administrativo no es susceptible de control judicial, por cuanto existió una primera decisión que liquidó las prestaciones sociales del actor y en la cual no se incluyó lo correspondiente a la prima de riesgo, precisando que la liquidación fue realizada por la obligación legal contenida en el parágrafo 2º del artículo 7º del Decreto 4057 de 2011.

Indicó, que la parte actora debió controvertir el acto en vía administrativa o en vía jurisdiccional y como no lo hizo, prefirió presentar una petición al DAS el 9 de julio de 2012, solicitando la reliquidación de todas las prestaciones sociales, incluyendo la prima de riesgo, lo cual no es demandable y debe entenderse sólo como una negativa a la revocatoria directa la cual no es enjuiciable.

Señaló, que los Decretos 1933 del 23 de agosto de 1989, 132 del 17 de enero de 1994 y el 1137 de junio de 1994, crearon una prima especial de riesgo de carácter permanente para los empleados del DAS activos que desempeñaran los cargos del personal perteneciente a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, los que prestan servicios de conductor a los ministros y directores de departamento administrativo, detectives especializados, profesional o agente o criminalística especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas en un porcentaje del 10%, 20% y 30% según el cargo, no obstante es de aclarar que los decretos citados, precisaron que esta prima no constituye factor salarial.

Refirió, que el a quo se apartó de la presunción de legalidad del Decreto 2646 de 1994, el cual establece en el artículo 4º que la prima no constituye factor salarial y que no podría percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los Decretos 1933 de 1989 y 132 de 1994, precisando, que aplicó de manera extensiva la sentencia de unificación del Consejo de

Estado del 10 de noviembre de 2010 dictada dentro del proceso con el radicado interno No. 568-2008.

Expresó, que la Ley 4ª de 1992 señala las normas, objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso y de la fuerza pública y de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, así mismo se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por lo tanto, se expidió el Decreto 1137 de 1994 en el que se creó la prima de especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores y equivalentes, en todo caso, al 30% de su asignación básica mensual, la cual según el artículo 1º ibídem no constituía factor salarial, norma que fue derogada por el Decreto 2646 de 1994, a través del cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la citada prestación especial para el mismo grupo de empleados pero un porcentaje superior al establecido en el Decreto 1137 de 1994.

Arguyó, que no existe precedente jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado que ordene tener como factor salarial para la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales legales la mencionada prima de riesgo establecida en el Decreto 2646 de 1994, y de otra parte, que para inaplicar una norma acudiendo a la figura de la excepción de inconstitucionalidad debe hacerse un riguroso juicio de inconstitucionalidad, ausente en su totalidad en la demanda.

Relató, que el DAS hoy suprimido en cumplimiento del ordenamiento legal dio aplicación a lo que en materia salarial y prestacional regía para sus servidores, pues, no le era dado entrar a reconocer lo que la ley vigente no concede, pues, su cumplimiento no está sujeto a discrecionalidad alguna, dado que el marco de aplicación está determinado en ella misma, por lo tanto, en la liquidación realizada no puede predicarse inobservancia de la ley, pues, la misma consagra expresamente que la prima de riesgo no es constitutiva de factor salarial.

Reiteró, que no existe precedente jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado que ordene incluir como factor salarial dentro de la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales legales la mencionada prima de riesgo, establecida en el Decreto 2646 de 1994 y, de otra parte, que para aplicar extensivamente a una decisión judicial en otro caso, deben coincidir los supuestos de hecho de ambos casos y hacer un riguroso análisis de la analogía a aplicar; análisis que fue ausente en su totalidad en la sentencia apelada, en consecuencia la jurisprudencia que le sirvió de base a la primera instancia no tiene el carácter vinculante para el caso que centra la atención, por no armonizar los patrones fácticos.

Alegatos en segunda instancia

Una vez admitido el recurso, se ordenó correr traslado a las partes para que presentarán sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 28 del cuaderno de segunda instancia); término dentro del cual no se allegó ningún pronunciamiento.

CONSIDERACIONES:

No observándose causal de nulidad que afecte total o parcialmente lo actuado, asumirá esta Corporación el compromiso de resolver de fondo el debate propuesto en esta segunda instancia, de conformidad con la cláusula de competencia prevista en el artículo 153 del CPACA.

La Sala advierte, que según la controversia planteada entre la sentencia de primera instancia y las censuras que dieron lugar al reestudio de este asunto, que el problema jurídico medular consiste en determinar si el señor **CÉSAR ARTURO ORTÍZ UMAÑA**, en calidad de ex servidor del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, tiene derecho a que dentro de la liquidación de sus prestaciones sociales se incluya la prima de riesgo como factor salarial o si, por el contrario, el acto demandado se encuentra ajustado a derecho.

Adicionalmente, la Sala Plena emitirá decisión de unificación, atendiendo lo previsto en el artículo 35 del CGP aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA y lo definido en la providencia del 28 de marzo de 2021 dictada dentro del sub júdice, respecto del carácter periódico o unitario de la prima de riesgo cuando se reclama como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los ex empleados del extinto DAS y la consecuente caducidad o no del medio de control.

Precisado lo anterior, Sala abordará el estudio del presente asunto en el siguiente orden: **i)** De la prima de riesgo que devengaban los ex servidores del extinto DAS y el carácter de prestación periódica; **ii)** De la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS y sus consecuencias de carácter laboral para los empleados de sus dependencias; **iii)** De la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; **iv)** Facultad oficiosa del juez de segunda instancia y, **v)** Del Caso concreto.

i) De la prima de riesgo que devengaban los ex servidores del extinto DAS y el carácter de prestación periódica

Respecto del concepto de salario, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, consideró que *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales”*.

Ahora bien, a través del Decreto 1933 de 1989 se reglamentó el régimen prestacional de carácter especial para los empleados del

Departamento Administrativo de Seguridad DAS, disponiendo que los funcionarios pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores que prestaran sus servicios al área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos tendrían derecho a recibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al 10% de su asignación básica, prohibiendo su pago simultáneo con la prima de orden público.

De otra parte, el artículo 18 *Ibídem*, señaló los factores salariales que deben incluirse para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, así: a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo. b) Los incrementos por antigüedad. c) Bonificación por servicios prestados. d) La prima de servicios. e) El subsidio de alimentación. f) El auxilio de transporte. g) La Prima de navidad. h) Los gastos de representación. i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión y, j) La prima de vacaciones.

Según el Decreto 132 de 1994, el beneficio fue otorgado también a aquellos funcionarios públicos que prestan servicios de conducción a Ministros y Directores de Departamento Administrativo, en un 20% por concepto de prima de riesgo, restándole carácter salarial.

Con el Decreto 1137 del 2 de junio de 1994, la prima de riesgo se aplicó también para los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalística especializado, profesional o técnico no asignados a funciones administrativas y a los conductores en un porcentaje del 30% de la asignación básica mensual, estipulando en el inciso primero del artículo 1° que no constituiría factor salarial.

Tanto el artículo 4° del Decreto 1933 de 1989, como el Decreto 1137 de 1994, que regularon la prima de riesgo, fueron derogados expresamente por el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994; sin embargo, este último la consagró nuevamente, en los siguientes términos:

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

“Artículo 2.- Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante el 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 3.- 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 4.- 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”

Así las cosas, la prima de riesgo se conservó en el tiempo realizándole algunas modificaciones, pues, se extendió su otorgamiento a otros empleados de dicho Departamento, y atendiendo los cargos se determinó en varios porcentajes a saber: 15%, 30% y 35% de la asignación básica mensual, se reiteró igualmente que no constituía factor salarial.

Por lo anterior, el órgano de cierre de esta jurisdicción negaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales de empleados del DAS, por estar contemplado expresamente en el Decreto 2646 de 1994 que no es un factor salarial. No obstante, tal posición fue replanteada por la misma Corporación en la Sentencia

de Unificación del 1º de agosto de 2013, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en la que ese alto Tribunal señaló:

“Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios. (...)

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

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

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 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".
(Resaltado fuera de texto)*

De lo precisado por el Consejo de Estado, a la prima de riesgo se le otorgó el carácter de "factor salarial", luego de encontrar configurados los elementos de este tipo de prestación laboral, como son su pago de manera periódica, habitual y en contraprestación directa de su servicio, debiendo ser reconocida, no solo para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión, sino también en las prestaciones sociales.

Según el órgano de cierre de esta jurisdicción, si bien las normas que regularon la prima de riesgo, cuyo reconocimiento se derivó del ejercicio de funciones que sometían a los exfuncionarios a la exposición de riesgo, debido a la naturaleza misma de la entidad, estableciendo de manera expresa que no constituye factor salarial, tal emolumento fue cancelado a sus beneficiarios de forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio; supuesto de hecho que la convierte en salario y, en efecto, se tiene que dicha prerrogativa independientemente del nombre que se le dio, intrínsecamente conlleva las características de salario.

Así las cosas, para esta colegiatura, contrario a lo dispuesto en el artículo 4o del Decreto 2646 de 1994 y en atención a la protección del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas desarrollado por el artículo 53 de la Carta, la prima de riesgo, reconocida y pagada a los ex empleados del DAS, sí es salario conforme con lo estipulado en los artículos 1o,

2o y 3o del Decreto 2646 de 1994, en concordancia con el Decreto 1042 de 1978.

La anterior intelección, se origina de la tesis constitucional que precisa que en todo vínculo laboral lo que subyace es una relación de *equivalencia de valores prestacionales*², 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 especie o en dinero es salario; siendo del caso indicar, que la contraprestación 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.

En efecto, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, precisamente en el sub júdice, permite advertir que la prima de riesgo de los empleados del extinto 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, situación que fue prevista por el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994, donde preceptuó que la mencionada prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los referidos empleados, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Respecto del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, armonizado con el Derecho al Trabajo preceptuado en el artículo 53 de la misma normativa y con el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo que establece que *a trabajo igual salario igual*, se establece que a todos los servidores del Estado, se les debe pagar integralmente su salario y sus prestaciones sociales sin reducción alguna, es decir, sin desmejorar, en ningún caso, dichos emolumentos salariales y prestacionales, como en el sub lite, que se pretendió desconocer la prima de riesgo como factor salarial.

² Criterio sostenido en sentencia C-521 del 16 de noviembre de 1995. M.P., Antonio Barrera Carbonell

De otra parte, tal como se mencionó en parte precedente, en el artículo 1º del Decreto 1933 de 1989, se determinó el régimen prestacional especial de los ex empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, disponiendo que estos servidores tendrían derecho a las prestaciones sociales señaladas en ese estatuto. De igual manera a las “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”.

Por su parte, en el capítulo II de misma norma se fijaron las primas especiales en favor de algunos servidores y, en consideración al cargo y funciones que ejercían, fueron señaladas la prima de orden público, la prima de clima, la prima de riesgo y la prima de instalación (artículo 5) mientras que en el capítulo IV se consagró la prima de vacaciones.

Igualmente, los factores para liquidar la prima de navidad, de vacaciones, las cesantías y otras prestaciones fueron indicados en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la norma ibídem, sin que se haga mención a la prima de riesgo.

De la misma manera, el Decreto 1045 de 1978, aplicable también a los ex servidores del DAS, estatuyó un listado de los factores que se tienen en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, entre ellas el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación en su artículo 45. Al respecto, la jurisprudencia reiterada de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado³, frente a la interpretación del contenido y alcance de la mencionada preceptiva precisó que: “establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, **lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador**”.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia del siete (7) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).- CONSEJO DE ESTADO, SALA, DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia de unificación del 9 de julio de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04442-01 (0208-07). En esa oportunidad se dijo: “... para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación”.

Así las cosas, la Sala acoge la tesis esbozada por el Consejo de Estado, por lo que se tiene que los listados de factores salariales determinados en los Decretos 1933 de 1989 y 1045 de 1978, para efectos de liquidar las prestaciones sociales de los exempleados del DAS, no son taxativos, sino enunciativos, por lo que es permitido el cómputo de otros factores salariales, como la prima de riesgo en virtud de los principios constitucionales de favorabilidad laboral, la primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, consagrados en el artículo 53 de la Carta, pues, como se concluyó también es salario.

En materia afín, como lo es la liquidación de las pensiones de los servidores del DAS esta Corporación en sentencia del abril 08 de 2021⁴ unifico criterio en el sentido de que si se demostraba la realización de cotizaciones por este factor, la prima de riesgo debía ser incluida como parte del IBL en la liquidación de las pensiones de los ex servidores del DAS, al considerar que con tal postura no se desconoce la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 del H. de la Sección Segunda del H Consejo de Estado porque, en últimas, se salvaguarda el principio de solidaridad en materia de seguridad social que gobierna actualmente los reconocimientos pensionales.

Por último, acota la Sala que la crisis normativa del Decreto 2646 de 1994, en el sentido de que la prima de riesgo no era factor salarial para efectos pensionales, fue superada con la expedición de la Ley 860 de 2003, la cual en el parágrafo 4 del artículo 2º, la estableció como factor salarial y como objeto de aportes correspondientes a seguridad social, por lo que si el empleado la percibió a partir de dicho año, debe tenerse en cuenta para estos efectos.

En consecuencia, la Sala considera que si la mencionada prima es factor del IBL para liquidar la pensión, sigue esa misma suerte para la

⁴ Rad 50001-33-33-005-2013-00247-01, con ponencia de la Dra. Nelcy Vargas Tovas

liquidación de las prestaciones sociales, puesto que el carácter de salarial se tiene en cuenta para todos los efectos que se deriven de dicha naturaleza⁵.

Se aclara que esta posición del Tribunal se encuentra fundamentada en lo reiterado por la Sección Cuarta del órgano de cierre de esta jurisdicción en el fallo de tutela proferido el 19 de febrero de 2020, dentro del radicado No. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00002-00(AC)⁶ con ponencia de la Consejera Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, en el cual precisó que “**...al no existir una posición unificada sobre la prima de riesgo, lo que prevalece es la autonomía judicial de la que gozan las autoridades judiciales, por lo que es posible adoptar cualquier posición, siempre que cuente con una carga argumentativa razonable y suficiente**” (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, considerado por la Sala que la prima es factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, se analizará lo pertinente al carácter que tiene la referida prestación, es decir, si es una prestación periódica y, por tanto, cuando se pretende el reconocimiento de esta como factor salarial y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales devengadas durante el tiempo en que el exservidor estuvo vinculado con el DAS, puede ser reclamada en cualquier tiempo.

En relación con el tema, el órgano de cierre de esta jurisdicción en reciente pronunciamiento⁷, rememoró el carácter periódico de los salarios y las prestaciones sociales reiterando que el mismo estriba en la existencia del vínculo laboral, dijo así la alta Corporación:

“En ese contexto, esta corporación⁸ ha indicado que las prestaciones periódicas hacen referencia a aquellas sumas de

⁵ Esta Corporación en varias oportunidades ha emitido pronunciamientos en este sentido, entre otras, en las sentencias dictadas el 11 de diciembre de 2019, dentro del proceso con radicado 50001-33-33-001-2013-00204-02, demandante: Yadira Gordillo Guerrero, con ponencia del Magistrado: Héctor Enrique Rey Moreno; la proferida el 2 de diciembre de 2020, dentro del proceso con radicado No. 50001-33-33-007-2013-00248-02, demandante Jairo Sanabria Sanabria, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Enrique Ardila Obando y la del 27 de enero de 2021, dentro del proceso con radicado No. 50001-33-33-003-2013-00140-01, demandante: Numar Efrén Arboleda Ibarra, con ponencia de la Magistrada Teresa Herrera Andrade.

⁶Actor: KILMER HAROLD LUNG HERNÁNDEZ. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, SALA DE DECISIÓN N 1

⁷ SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Providencia del 27 de mayo de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01000-01(2877-18). Actor: GLORIA BETTY ZORRO AFRICANO. Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 13 de febrero de 2014, expediente 66001-23-31-000-2011-00117-01 (0798-2013), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

dinero que se originan como consecuencia de una relación laboral, que tienen como finalidad atender las necesidades personales del trabajador y, en algunos casos, cubrir los riesgos y las contingencias que se presentan con motivo de su labor; sin embargo, una vez finalizado el vínculo laboral, esta connotación de periodicidad desaparece.

En relación con el carácter periódico de los salarios y las prestaciones sociales, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*“Ahora bien, **en punto de reclamación por salarios y demás prestaciones sociales derivadas de una relación laboral**, que es la tesis planteada por el recurrente y, haciendo una interpretación extensiva de la línea jurisprudencial citada en precedencia, **habrá de predicarse su periodicidad mientras subsista el vínculo laboral**, ya que tal derecho (el de recibir salarios y prestaciones), contrario a la característica de la mesada pensional, no es vitalicio ni sustituible, sino finito e intuitu personae, al extinguirse por la desaparición del nexo laboral y sólo exigible por el sujeto que de manera directa hubiere prestado sus servicios en cumplimiento de las estipulaciones pactadas en el mismo; dicho en otras palabras, **la periodicidad de las prestaciones reclamadas por la demandante desapareció el mismo día en que ocurrió su desvinculación** como empleada de la entidad demandada, **por lo que, ante la afectación de sus derechos, ha debido impetrar la acción correspondiente dentro del término de caducidad [...]**”⁹
[Negritas por fuera del original]*

Así pues, cuando se pretende el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, no es procedente aplicar la regla de caducidad de los 4 meses para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho **mientras exista el vínculo laboral**, pero una vez finalizada esta relación no aplica el criterio de «periodicidad», por lo que debe atenderse el término de caducidad del medio de control.¹⁰

Dicho en forma breve, durante la existencia de la relación laboral, las prestaciones sociales y los salarios que se perciben tienen el carácter de prestaciones periódicas, hasta el momento en el que ocurre el retiro del servicio, pues a partir de aquí se convierten en prestaciones definitivas y, por ende, susceptibles de ser afectadas por la caducidad.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene aclarar que no ocurre lo mismo con las pensiones, las cuales, por ser percibidas de forma vitalicia, mantienen su condición de periodicidad, característica que subsiste después de que ocurre el retiro del servicio; por consiguiente, cuando se pretende su reconocimiento o reliquidación, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo, de conformidad con el numeral 1.º, literal c), del artículo 164 del CPACA».

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 1.º de octubre de 2014, expediente 05001-23-33-000-2013-00262-01 (3639-14), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 8 de septiembre 2017, expediente 76001-23-33-000-2016-01293-01 (4218-16), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Corolario de lo expuesto, en los asuntos donde las pretensiones de la demanda giran en torno a reclamar acreencias laborales, se deberá verificar en el asunto concreto si el vínculo laboral entre el demandante y la entidad se encuentra vigente al momento de la presentación de la demanda, con el fin de determinar si la prestación es periódica o no; aspecto de suma importancia para establecer si se aplica o no la caducidad del medio de control.

Atendiendo lo anterior, la Sala acometerá el estudio de la supresión de que fue objeto el DAS con fin de verificar lo sucedido con la prima de riesgo como prestación salarial que percibía el actor.

I.-) De la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS y sus consecuencias de carácter laboral para los empleados de sus dependencias.

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 4057 de 11 de octubre de 2011, ordenó la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), reasignando sus funciones a otras entidades, como la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores y la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección.

En el decreto en cita, se estableció en los artículos 6º y 7º lo relacionado con la supresión de empleos, el proceso de incorporación, el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que serían incorporados a otras entidades, precisando lo concerniente con el concepto de prima de riesgo, los artículos son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 6o. SUPRESIÓN DE EMPLEOS Y PROCESO DE INCORPORACIÓN. *El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.*

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

PARÁGRAFO. *Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical, deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.”*

“ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN DE PERSONAL. (...)

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

<Ver Notas de Vigencia> Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales. (...)”

De la normatividad trascrita se tiene que a partir de la incorporación de los empleados del DAS en las entidades receptoras, la prestación denominada prima de riesgo se entiende integrada en la asignación básica que se reconoce en virtud del nuevo cargo.

La Sala resalta, que la Corte Constitucional en Sentencia C-98 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, precisó que *“teniendo en cuenta que el legislador es competente para reformar la estructura de la administración en relación con el régimen salarial, prestacional y de administración de personal de los servidores de entidades reestructuradas, la modificación planteada en la norma demandada (parcialmente) se ajusta a la Carta Política y a la jurisprudencia constitucional y no desconoce en manera alguna derechos adquiridos, en la medida que la reubicación de estos trabajadores, por sí sola, no implica una desmejora de sus condiciones laborales”*.

Igualmente, en el mismo pronunciamiento emitido por la alta corte, se indicó que *“El legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir”*.

De otra parte, se expidió el Decreto 4070 de 2011, *Por el cual se modificó la Planta de Personal del departamento Administrativo de Seguridad, DAS*, en el cual se señalaron los cargos que se suprimirían de la planta de personal del DAS y se consagraron los empleos según su denominación, código y grado que serían incorporados en la Fiscalía General de la Nación, la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, la Unidad Nacional de Protección y la Defensa Civil, previendo como fecha límite para su incorporación el 01 de enero de 2012, indicando, a su vez, que los empleados públicos del DAS, continuarían percibiendo su remuneración mensual hasta tanto se produjera la incorporación en la planta de personal de las entidades

receptoras.

Ahora bien, en lo tocante al personal del DAS que sería incorporado a la Fiscalía General de la Nación, dicha situación se efectuó una vez se expidieron los Decretos 4059 y 4060 del 31 de octubre de 2011 a través de los cuales se modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se establecieron unas equivalencias de empleos, por lo que el Fiscal General de la Nación, hasta el 29 de diciembre de 2011 realizó la incorporación directa de servidores públicos del DAS a la planta de personal de dicha entidad a través de la Resolución 0-3433 del 29 de diciembre de 2011.

Destacándose igualmente, que en el párrafo del artículo 2º del Decreto 4060 del 31 de octubre de 2011 se dispuso que *“de conformidad con lo señalado en el decreto de supresión del DAS, para todos los efectos legales y de aplicación de las equivalencias establecidas para los fines de la incorporación en el artículo primero de este decreto, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, **la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo**”*. (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, resulta procedente señalar que es acertada la interpretación de la Sala de Decisión Oral No. 1 de este Tribunal¹¹, respecto de que la prima de riesgo perdió su carácter de prestación periódica una vez el personal del DAS fue incorporado en otra institución, pues, la vinculación con dicha entidad finalizó, acogiendo el personal incorporado al régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de la entidad u organismo receptor; sumado al hecho de que la entidad suprimida dejó de existir, resaltándose que la referida prestación, por efectos de la incorporación, pasó a ser parte de la asignación básica salarial en la nueva entidad, lo que permite concluir que dicha prestación como tal desapareció.

¹¹ Posición esgrimida en la Sentencia del 29 de octubre de 2020 dentro del proceso con radicado interno No. 50001-33-33-006-2014-00281-01, M.P. Claudia Patricia Alonso Pérez, replicada en la sentencia del 12 de noviembre de 2020, por la Sala de Decisión No. 05, con ponencia de la Magistrada Dra. Nelcy Vargas Tovar, dentro del proceso con radicado No. EXPEDIENTE: 50001-33-33-003-2013-00160-01

Bajo las consideraciones expuestas, la Sala Plena de esta Corporación **unificará** su posición en el sentido de señalar que la prima de riesgo percibida por los ex servidores del extinto DAS, perdió su carácter de prestación periódica, porque dejó de pagarse como un factor salarial autónomo, una vez fueron incorporados en otra institución estatal, convirtiéndose en una prestación de carácter unitario y definitivo, en consecuencia, respecto de la oportunidad para reclamar su reconocimiento y pago como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales deberá observarse plenamente el término de caducidad previsto para el medio de control correspondiente.

ii) De la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

La caducidad como presupuesto procesal ha sido definida por la jurisprudencia¹² como *“la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia del uso de las acciones judiciales y los medios de control por fuera del plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a eliminar la incertidumbre que representa la eventual revocatoria de los actos de la administración en cualquier tiempo. A su vez, esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues, de no hacerlo, se pierde la oportunidad para acudir ante la administración de justicia”*¹³.

Igualmente, se ha precisado que *“Uno de los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consiste en que la demanda debe interponerse dentro del término fijado por el legislador, pues, de lo contrario, se configura el fenómeno jurídico de la caducidad. En efecto, el ordenamiento constitucional establece la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia, la cual conlleva el deber de ejercer oportunamente el derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser*

¹²SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Sentencia del 27 de mayo de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01000-01(2877-18). Actor: GLORIA BETTY ZORRO AFRICANO

¹³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

discutidas en sede judicial¹⁴.

En similar sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, explicó la justificación de la aplicación de la caducidad en los asuntos contenciosos administrativos, de la siguiente manera :

“El legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia. [...]

La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general”.

Ahora bien, legislativamente la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, en los siguientes términos:

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

1. En cualquier tiempo, cuando: (...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4)

¹⁴SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Sentencia del 27 de mayo de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01000-01(2877-18). Actor: GLORIA BETTY ZORRO AFRICANO

meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

(...)"

De acuerdo con la normativa transcrita, cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo definitivo, el interesado tendrá un término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto administrativo, sin embargo, si lo que se pretende va dirigido a actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, debe tenerse en cuenta que no opera el fenómeno jurídico de la caducidad y, por ende, pueden demandarse en cualquier tiempo, conforme lo dispone el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, situación que también ocurre respecto de los actos fictos derivados del silencio administrativo.

iii) Facultades del Juez de Segunda Instancia

De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

En este orden de ideas, se tiene que el juzgador de segunda instancia se encuentra compelido a estudiar y decidir sobre los presupuestos procesales de la acción que en estricto sentido corresponden a las excepciones que hayan sido o no propuestas en el trámite de primera instancia.

En relación con el tema, el órgano de cierre de esta jurisdicción se ha pronunciado en múltiples ocasiones, de las cuales se trae a colación la sentencia del 23 de septiembre de 2020 proferida dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2009-00101-01(44432), con ponencia del consejero, Dr. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, en la cual expresamente se señaló:

“En primer lugar la Sala aclara que, si bien el tema de la presentación oportuna de la demanda no se propuso con el recurso de apelación, **lo cierto es que al momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos, la caducidad**, aspecto que no puede ni debe entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones que se hubiesen presentado en el transcurso del proceso, como lo consagra el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y **sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.**

“(…).

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus” (se destaca).

De igual modo, en sentencia de unificación del 6 de abril de 2018¹⁵, la Sala Plena de esta Sección se pronunció en relación con la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de decretar excepciones de oficio (se transcribe de forma literal):

“Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, 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 único. **Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”** (se destaca)¹⁶.

iv) Del caso concreto

Pretende el demandante que se declare la nulidad del acto administrativo acusado y que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la prima de riesgo que devengaba cuando fungía como servidor del extinto DAS como factor salarial

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 6 de abril de 2018, expediente número 46.005. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁶ Sección Tercera, Subsección A, Actor: FERNANDO GONZÁLEZ MANCILLA, Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA – DIAN

dentro de la liquidación de las prestaciones sociales que le pagaron al momento en que fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, de conformidad con los lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala considera que en el *sub lite* no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues, se configuró el medio exceptivo de caducidad del medio de control, el cual debe ser estimado en atención a la facultad oficiosa de esta Corporación en sede de segunda instancia y, por ende, revocar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

Del acervo probatorio que obra en el proceso, se encuentra acreditado que el señor **CÉSAR ARTURO ORTÍZ UMAÑA** estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en calidad de DETECTIVE 208-06, asignado a la Seccional Meta, con Sede en Villavicencio, entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de diciembre de 2011¹⁷ y se encuentra probado que devengó mensualmente¹⁸ por concepto de prima de riesgo el 35%, de lo que se deriva que la percibió de forma habitual y periódica, acorde con lo establecido en el Decreto 2646 de 1994, como retribución directa por los servicios prestados en el mencionado cargo.

De igual manera, se encuentra demostrado que el actor fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el oficio No. SEGE.1030896 del 11 de noviembre de 2011¹⁹, por medio del cual se le informó que de acuerdo con el Decreto 4070 de 2011 se había ordenado su incorporación en dicha entidad estatal, lo cual se efectuó a través de la Resolución No. 03433 del 29 de diciembre de 2011 “*Por la cual se hace la incorporación directa de servidores públicos del Departamento Administrativo de seguridad -DAS a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación*”²⁰, que en el artículo primero ordenó, la incorporación, entre otros del actor, en el ítem 2752; determinando igualmente en el artículo cuarto, que la misma surtiría efectos a partir del 1º de enero de 2012.

¹⁷ Ver folio 22 del cuaderno principal

¹⁸ Comprobante de nómina visto a folio 12 del cuaderno principal

¹⁹ Folio 248 del anexo No.1 que contiene el expediente prestacional del demandante.

²⁰ Del folio 182 al 185 *ibídem*.

De acuerdo con la anterior situación fáctica, se establece que la prima de riesgo que el actor devengó desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, al momento de ser incorporado en la entidad receptora por la supresión del DAS, esto es, a la Fiscalía General de la Nación, perdió su carácter de prestación periódica, convirtiéndose una prestación unitaria que debió reclamarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo respectivo, según lo previsto en el literal d) del numeral segundo del artículo 164 del CPACA; acto procesal que no se cumplió en el sub lite, de acuerdo con el siguiente itinerario fáctico:

El accionante elevó derecho de petición el 9 de julio de 2012²¹ al DAS que para la época se encontraba en proceso de supresión, con el fin de que se le reconociera como factor salarial para todos los efectos legales la prima especial de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y el consecuente reajuste y pago de todas las prestaciones sociales, debidamente indexadas junto con los intereses moratorios correspondientes, de acuerdo con el monto devengado por la referida prima sobre el salario básico percibido durante el tiempo laborado en el DAS.

El 03 de agosto de 2012, la Subdirectora de Talento Humano D.A.S en proceso de supresión, según oficio No. DAS.STH.GAPE.ABG. No. 1-2012-113868-2 que obra a folios 14 y 15 del cuaderno principal del expediente, dio respuesta a la petición del actor de manera desfavorable, señalando que no era posible acceder a lo pretendido por el demandante en atención a lo previsto en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, que prescribe que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Ahora bien, la respuesta dada por la demanda constituye el acto administrativo enjuiciado, esto es, el oficio No. DAS.STH.GAPE.ABG. No. 1-2012-113868-2 emitido el 03 de agosto de 2012 y respecto del cual las partes en el debate no concretaron la fecha de su notificación, por lo que resulta plausible asumir que el demandante solo conoció aquella decisión el 25 de octubre de 2012 (fls. 7 al 9 del cuaderno de primera instancia), cuando presentó

²¹ Ver folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.

la solicitud de conciliación prejudicial y también interrumpió su curso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

Así las cosas, como la constancia de no conciliación se expidió el 14 de diciembre de 2012 (folio 9 del cuaderno principal), la presentación de la demanda era oportuna hasta el 14 de abril de 2013 y como este acto procesal solo se surtió hasta el 18 de julio de 2013, según el acta de reparto que obra al folio 16 del cuaderno principal, se concluye, sin dubitación alguna, que en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad, por lo que dicho medio exceptivo debe ser estimado, revocando en su integridad la sentencia recurrida y negando las pretensiones de la demanda; precisándose que, por sustracción de materia, la Sala no se ocupará de resolver las censuras expuestas en el recurso de alzada presentado por la entidad condenada en primera instancia.

En este punto del debate, la Sala aclara que si bien es cierto que en la primera instancia el medio exceptivo fue propuesto en la contestación de la demanda y fue desestimado en la audiencia inicial celebrada el 1º de octubre de 2014, según se advierte en el acta visible del folio 62 al 66 y el CD que obra a folio 67 del cuaderno de primera instancia, también lo es que de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia, el juzgador de segunda instancia tiene la facultad oficiosa de pronunciarse sobre los presupuestos procesales cuando advierta que alguno de ellos no se da, como sucede en el sub examine, en que se determina claramente que la oportunidad para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho feneció y, por lo tanto, se configuró la excepción de caducidad, reiterándose que la misma opera porque la prestación solicitada perdió su carácter de periódica.

En este orden de ideas, se adicionará el pronunciamiento de unificación propuesto en parte precedente, en el sentido de indicar que la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento, podrá ser analizada de forma oficiosa por el Juez de segunda instancia, aun cuando dicha excepción haya sido propuesta y resuelta en etapas procesales anteriores, evacuadas en la primera instancia, como sucede en la audiencia

inicial prevista en el artículo 180 del CPACA o en la etapa que consagra el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021 y contra la decisión que la haya resuelto no se hubiere interpuesto el recurso de apelación por la parte interesada; de igual manera, podrá pronunciarse sobre ella cuando se haya guardado silencio por el inferior o el medio exceptivo no haya sido formulado en la contestación de la demanda.

Igualmente se advierte, que no se podrá estudiar la excepción de caducidad del medio de control de manera oficiosa por el juzgador de segunda instancia, cuando de haberse interpuesto, se haya resuelto por el inferior y lo allí decidido hubiese sido objeto de apelación y definición en segundo grado, pues, es una decisión que se encuentra en firme y ejecutoriada que no puede ser revisada de nuevo por el superior funcional, so pena, de vulnerar los principios del debido proceso y seguridad jurídica que enmarcan a la administración de justicia.

En este contexto se configuraría aquello que los doctrinantes definen como principio de preclusividad del debate, en este caso, en torno al medio exceptivo de la caducidad, derivándose de ello la anterior regla, que solo tendrá como excepción la casuística en que habiéndose surtido dichos estudios y definiciones, incluso con decisión del superior, los nuevos análisis de la segunda instancia se deriven de una prueba nueva con incidencia sobre el particular, recaudada dentro de los parámetros legales y que deje sin piso los pronunciamientos anteriores, como podría ocurrir, por ejemplo, cuando ante dudas sobre la caducidad, se ha admitido la demanda en aplicación del principio pro actione y el recaudo probatorio posterior clarifica la configuración de la caducidad del medio de control.

El principio de preclusividad, incluido como concepto en el Diccionario panhispánico del español jurídico de reciente lanzamiento por la Real Academia Española y Cumbre Judicial Iberoamericana, es definido como aquel “...en virtud del cual, transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate” .

Así las cosas, en el juicio de la Sala Plena mayoritaria, se concreta, en armonía con la definición antes traída a colación, que el principio

de preclusibilidad ata principalmente a las partes, que deben utilizar las oportunidades perentoriamente entregadas por el ordenamiento legal para proponer todos los esquemas de defensa, incluidas las excepciones; mientras que el juez de lo contencioso administrativo por la naturaleza de las controversias que debe resolver, en segunda instancia, solo en el caso de que ya se haya pronunciado y no hubieren cambiado los supuestos de hecho probados, podrá manifestarse y resolver los medios exceptivos que vislumbre presentes, pues, así lo dispone el inciso segundo del artículo 187 del CPACA.

CONDENA EN COSTAS

El tema de la condena en costas se encuentra regulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., que dispone lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

En aplicación a la norma señalada el juez está en el deber de pronunciarse sobre la condena en costas y solo se encuentra relevado de esta obligación cuando se trate de un asunto de interés público; además frente a los aspectos de ejecución y liquidación dispone remitirse a las normas de procedimiento civil, en el entendido que se trata del C.G.P. en sus artículos 365 y 366.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P., ante la revocatoria de la sentencia recurrida procedería la condena en costas de las dos instancias contra la parte demandante, sin embargo, en este caso, como los argumentos con los cuales se revoca la sentencia de primera instancia difieren del contexto propuesto por las partes, aunado a que no era una tema pacífico de resolver, que implicó la necesidad de una sentencia que unificara los criterios de este Tribunal, no se condenará en costas al demandante, en la perspectiva de garantizar de la mejor manera posible su acceso a la administración de justicia, dentro de la temática que se define y que no tiene derroteros jurisprudenciales del H. Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: UNIFICAR la tesis del Tribunal Administrativo del Meta, en relación con la naturaleza de la prima de riesgo de los ex servidores del extinto DAS y de la facultad oficiosa en segunda instancia respecto de la excepción de caducidad, así:

1) La prima de riesgo percibida por los ex servidores del extinto DAS, pierde su carácter de prestación periódica una vez son incorporados en otra institución estatal, convirtiéndose en una prestación de carácter unitario y definitivo; en consecuencia, la oportunidad para reclamar su reconocimiento como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales al final de la relación laboral con el extinto DAS deberá observar plenamente el término de caducidad previsto en el literal d) numeral 2) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

2) La excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento, podrá ser analizada de forma oficiosa por el Juez de segunda instancia, aun cuando dicha excepción haya sido propuesta y resuelta en etapas procesales anteriores evacuadas en la primera instancia, como sucede en la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA o en la etapa que consagra el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021 y contra la decisión que la resolvió no se interpuso el recurso de apelación por la parte interesada; de igual manera podrá pronunciarse sobre ella cuando se haya guardado silencio por el inferior o el medio exceptivo no haya sido formulado en la contestación de la demanda.

3) No se podrá estudiar la excepción de caducidad del medio de control de manera oficiosa por el juzgador de segunda instancia, cuando de haberse interpuesto, se haya resuelto por el inferior y haya sido objeto de

apelación y ésta haya sido definida en segundo grado, pues, es una decisión que se encuentra en firme y ejecutoriada, que no puede ser revisada de nuevo por el superior funcional, so pena, de vulnerar los principios del debido proceso y seguridad jurídica que enmarcan a la administración de justicia.

La anterior regla solo tendrá como excepción la casuística en que habiéndose surtido dichos estudios y definiciones, incluso con decisión del superior, los nuevos análisis de la segunda instancia se deriven de una prueba nueva con incidencia sobre el particular, recaudada dentro de los parámetros legales y que deje sin piso los pronunciamientos anteriores, como podría ocurrir, por ejemplo, cuando ante dudas sobre la caducidad, se ha admitido la demanda en aplicación del principio pro actione y el recaudo probatorio posterior clarifica la configuración de la caducidad del medio de control.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2015, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **CESAR ARTURO ORTÍZ UMAÑA** en contra del extinto **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS-**, por los argumentos indicados en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas de las dos instancias por las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia regresen las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta: 031

Firmado Por:

Hector Enrique Rey Moreno

Magistrado

Mixto 003

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Teresa De Jesus Herrera Andrade

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Firma Con Salvamento De Voto

Carlos Enrique Ardila Obando

Magistrado

Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Claudia Patricia Alonso Perez

Magistrado

Mixto 005

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nelcy Vargas Tovar

Magistrado

Mixto 004

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nohra Eugenia Galeano Parra

Magistrada

Mixto

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

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

2364/12

Código de verificación:

f4af171505fd1495e3913360f06cae043891bfed1ee35bde7549e1a0b0e43dbd

Documento generado en 07/09/2021 04:24:05 PM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, septiembre quince (15) de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CESAR ARTURO ORTIZ UMAÑA

DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO Y PAP FIDUPREVISORA S.A (SUCESORES PROCESALES DEL EXTINTO DAS)

PONENTE: HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

RADICADO: 50001-33-33-003-2013-00153-01

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que profeso en las decisiones emitidas por mis pares, presento a continuación las razones que me conducen a salvar mi voto a la decisión proferida por la SALA PLENA el 26 de agosto de 2021. La aludida decisión se adoptó, luego de haberse derrotado la ponencia inicialmente presentada por la suscrita.

En la decisión de la cual me apartó, la **SALA PLENA** formuló como problema jurídico, si en el asunto en cuestión el actor, en calidad de ex servidor del extinto **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS.**, tiene derecho a que dentro de la liquidación de sus prestaciones sociales se incluya la **PRIMA DE RIESGO** como factor salarial o si, por el contrario, el acto demandado se encuentra ajustado a derecho.

Se indicó que, se emitiría decisión de unificación, respecto del carácter periódico o unitario de la **PRIMA DE RIESGO**, cuando se reclama como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los ex empleados del extinto **DAS.**, y la consecuente caducidad o no del medio de control.

Para resolver lo anterior, se abordó el tema sobre la naturaleza de la **PRIMA DE RIESGO** que devengaban los ex servidores del extinto **DAS.**, y el carácter de prestación periódica; la supresión del extinto **DAS.**, y sus consecuencias de carácter laboral para los empleados de sus dependencias; la **CADUCIDAD** del medio de

control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, y la facultad oficiosa del Juez de 2ª instancia.

Al realizar el estudio de los temas que se trataron, la **SALA PLENA** estableció la siguiente regla de unificación:

- Que la **PRIMA DE RIESGO** percibida por los ex servidores del extinto **DAS.**, perdió su carácter de prestación periódica, porque dejó de pagarse como una factor salarial autónomo, una vez fueron incorporados en otra institución estatal, convirtiéndose en una prestación de carácter unitario y definitivo, en consecuencia, respecto de la oportunidad para reclamar su reconocimiento y pago como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales deberá observarse plenamente el término de caducidad previsto para el medio de control correspondiente.

Una vez se desarrolló el acápite correspondiente de la **CADUCIDAD** del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** y de las facultades oficiosas del Juez de 2ª instancia, se descendió al análisis del caso concreto, donde la **SALA PLENA** consideró que el presente medio de control se encontraba caducado.

Para el fundamento de la decisión de **CADUCIDAD**, se aclaró que, si bien es cierto, *en la 1ª instancia el medio exceptivo fue propuesto en la contestación de la demanda y fue desestimado en la audiencia inicial celebrada el 1º de octubre de 2014, "...también lo es que de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia, el juzgador de segunda instancia tiene la facultad oficiosa de pronunciarse sobre los presupuestos procesales cuando advierta que alguno de ellos no se da, como sucede en el sub examine, en que se determina claramente que la oportunidad para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho feneció y, por lo tanto, se configuró la excepción de caducidad, reiterándose que la misma opera porque la prestación solicitada perdió su carácter de periódica"*

Se adicionó al pronunciamiento de unificación en el sentido de que, *"...la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento, podrá ser analizada de forma oficiosa, por el Juez de segunda instancia, aun cuando dicha excepción haya sido propuesta y resuelta en etapas procesales anteriores, evacuadas en la primera instancia, como sucede en la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA o en la etapa que consagra el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021 y contra la decisión que la haya resuelto no se hubiere interpuesto el recurso de apelación por*

la parte interesada; de igual manera, podrá pronunciarse sobre ella cuando se haya guardado silencio por el inferior o el medio exceptivo no haya sido formulado en la contestación de la demanda.”

Se advirtió que, no se podrá estudiar la excepción de **CADUCIDAD** del medio de control de manera oficiosa, por el Juzgador de 2ª instancia, cuando de haberse interpuesto, se haya resuelto por el inferior y lo allí decidido hubiese sido objeto de apelación y definición en segundo grado, pues, es una decisión que se encuentra en firme y ejecutoriada que no puede ser revisada de nuevo por el superior funcional, so pena, de vulnerar los principios del debido proceso y seguridad jurídica que enmarcan a la administración de justicia; comentando que en este contexto se configura lo que los doctrinantes definen como el principio de preclusividad del debate, *“que solo tendrá como excepción la casuística en que habiéndose surtido dichos estudios y definiciones, incluso con decisión del superior, los nuevos análisis de la segunda instancia se deriven de una prueba nueva con incidencia sobre el particular, recaudada dentro de los parámetros legales y que deje sin piso los pronunciamientos anteriores, como podría ocurrir, por ejemplo, cuando ante dudas sobre la caducidad, se ha admitido la demanda en aplicación del principio pro actione y el recaudo probatorio posterior clarifica la configuración de la caducidad del medio de control.”*

Se estimó que el principio de preclusividad atañe principalmente a las partes, mientras que el Juez de lo contencioso administrativo por la naturaleza de las controversias que debe resolver, en 2ª instancia, solo en el caso de que ya se haya pronunciado y no hubieren cambiado los supuestos de hecho probados, podrá manifestarse y resolver los medios exceptivos que vislumbre presentes, pues, así lo dispone el inciso 2º del artículo 187 del CPACA..

La suscrita pone de presente que en el proyecto inicial, que fuere derrotado, donde fui la Ponente, se concluyó que la **PRIMA DE RIESGO** perdió su naturaleza de ser una prestación periódica desde el momento en que ocurrió la desvinculación del servidor público del extinto **DAS.**, para pasar a ser una prestación de carácter unitario y definitivo, por lo que, la demanda que se interponga contra el acto administrativo que niegue su carácter de factor salarial para liquidación de las prestaciones sociales debe ajustarse al plazo de **CADUCIDAD** previsto en el literal d, numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., por consiguiente, comparto con la decisión de la **SALA PLENA** que en estos asuntos, debe observarse el plazo de caducidad fijado por el Legislador para el presente medio de control.

Sin embargo, se determinó que la excepción de **CADUCIDAD** sería materia de revisión en 2ª instancia, así sea de forma oficiosa, siempre y cuando dicha excepción no haya sido resuelta en etapas procesales anteriores, como sucede en la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.C.A., o en la etapa prevista ahora por el artículo 40, de la Ley 2080 de 2021, y contra la decisión que la resolvió no se interpuso el recurso de apelación por la parte interesada o de haberse interpuesto el mismo, haya sido resuelto por el Juez de 2ª instancia, pues en esos casos, estaríamos frente a decisiones en firmes y ejecutoriadas, que no pueden ser revisadas de nuevo, so pena de violar el **PRINCIPIO DE PRECLUSIVIDAD** que rige en el Contencioso Administrativo, desconocer los límites temporales que tiene el Juez en 2ª instancia, como violar el **DEBIDO PROCESO** de las partes. Se concluyó que, no era procedente declarar oficiosamente la excepción de **CADUCIDAD** en el presente asunto, dado que esta fue planteada por la Entidad demandada en la contestación de la demanda (fl. 39 C-1ª inst.), se estudió y resolvió por la Jueza de 1ª instancia en la audiencia inicial llevada a cabo el 1 de octubre de 2014 (fls. 62 – 66 C-1ª inst.), declarándose no probada y contra la cual no se interpuso el recurso de apelación, como consta en el acta mencionada, estándose **frente a una decisión, en firme y ejecutoriada.**

No obstante, tales planteamientos no fueron acogidos por la **SALA PLENA** de esta Corporación, las razones que sustentan el disenso se pueden ver reflejadas en la sentencia que en esta oportunidad se adopta y frente a la cual discrepo en lo que concierne precisamente el haberse declarado de oficio, la excepción de **CADUCIDAD**, en el presente medio de control, que junto a lo que ya manifesté en el párrafo precedente, refuerzo con los siguientes argumentos los motivos de mi inconformidad.

El **CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia del 12 de septiembre de 2019, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 20001-23-33-000-2014-00347-01(3965-16), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, con ocasión del recurso de apelación que presentó quien obró como parte demandada, y que alegó que se había configurado la excepción de **CADUCIDAD**, pese a que esta ya había sido resuelta en la audiencia inicial y contra la decisión que allí se adoptó no interpuso el recurso de apelación, formuló como problema jurídico “*¿En esta instancia se puede estudiar nuevamente la excepción de caducidad, la cual fue resuelta en la audiencia inicial y no fue objeto de recurso de apelación en dicha oportunidad?*”, indicando que la respuesta a este interrogante, es en sentido negativo, puesto que no era procedente nuevamente el estudio de dicha excepción, por las siguientes razones:

Explicó que el artículo 247 del C.P.A.C.A., trae como uno de sus requisitos, la sustentación del recurso de apelación, es decir, la indicación de los motivos de inconformidad que pretende le sean estudiados en 2ª instancia, a través de los cuales busca llevar al convencimiento del *Ad Quem*, que los argumentos esgrimidos por el fallador de 1ª instancia, deben ser modificados o revocados, bajo unas premisas fácticas y jurídicas, lo que va en concordancia con los artículos 320 y 328, del **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**, que consagraron la finalidad del recurso de apelación y la competencia del Ad Quem.

Teniendo en cuenta el contenido de las normas en mención, precisó el Alto Tribunal en la sentencia en cita, que la competencia del fallador de 2ª instancia, tiene unos límites temporales y de fondo, pues solo puede estudiar la providencia que fue objeto de apelación, y no aquellas decisiones que fueron tomadas en otras etapas del proceso, como en la audiencia inicial, las **que se encuentran debidamente ejecutoriadas**.

Que por la razón en precedencia, no era viable nuevamente el análisis de la **CADUCIDAD** de la acción, dada la competencia que tiene el Juez de 2ª instancia, respecto de lo que se decidió en la sentencia de 1ª instancia, por cuanto la excepción en cita que fue planteada por el Ente demandado en la contestación de la demanda, se resolvió en la audiencia inicial, donde se declaró no probada y contra la cual la Entidad no interpuso recurso alguno, **quedando la decisión debidamente ejecutoriada**, por lo que, no era competencia del fallador de 2ª instancia estudiarla nuevamente.

Reiteró que las decisiones proferidas en la audiencia inicial, concretamente en en la etapa de excepciones previas (artículo 180-6 CPACA) se notifican en estrados como lo ordena el artículo 202 del C.P.A.C.A., luego, al declararse no probada la excepción de **CADUCIDAD**, dicha providencia se notificó en estrados a las partes, siendo en esta oportunidad procesal que se deben presentar los recursos procedentes, en caso de reparo contra la decisión, de lo contrario, el **auto queda ejecutoriado y en firme**.

Anotándose que las decisiones tomadas en la audiencia inicial y en general, en la parte oral del proceso en vigencia del C.P.A.C.A., tienen la misma validez y efectos de las providencias proferidas por escrito, **poniéndose de presente que, tanto el Juez, como las partes, deben respetar el DEBIDO PROCESO, en la medida que las providencias dictadas en audiencia, se contradicen en esa etapa procesal y si las partes guardan silencio, se entiende que están conformes**; lo cual tiene relevancia, para no sorprender al Juez, a la contraparte en otra etapa del proceso o al *Ad Quem*, en el trámite del recurso de apelación, **con debates o nuevos cuestionamientos respecto**

de decisiones ejecutoriadas y en firme en etapas procesales anteriores, cuyo objeto ya no es el estudio de estas.

Es menester señalar que la tesis plasmada en la sentencia previamente aludida, ha sido reiterada en más de una oportunidad por el Supremo Tribunal de esta Jurisdicción, que como ocurrió en el asunto que fue objeto de análisis en momento, la Entidad demandada en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de 1ª instancia, planteó como argumento la configuración de alguna de las excepciones enlistadas en el numeral 6º, del artículo 180 del C.P.A.C.A., en su texto original, sin la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, siendo que esto ya había sido resuelto en la audiencia inicial, mediante providencia en firme y ejecutoriada, contra la cual no se interpuso recurso alguno. Para ello puede verse las sentencias de la Sección 2ª, Subsección A del, 9 de febrero de 2017, radicado No 73001-23-33-000-2013-00027-02(1511-14), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**; 17 de agosto de 2017, radicado No 68001-23-33-000-2013-00186-02(2781-15), C.P. **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**; 15 de marzo de 2018, radicado No 73001-23-33-000-2014-00774-01(1439-16), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**; 14 de febrero de 2019, radicado No 73001-23-33-000-2014-00778-02(3096-16), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**; 18 de junio de 2020, radicado No 41001-23-33-000-2012-00137-02(3181-17), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**. De la subsección B, sentencia del 14 de junio de 2018, radicado No 41001-23-33-000-2012-00098-01(3438-16), C.P. **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**.

Debo indicar que el criterio que sobre el tema materia de estudio ha tenido la Sección 2ª del **CONSEJO DE ESTADO**, también es compartido, por otras Secciones de esta Corporación, como por ejemplo, la Sección 1ª, quien en sentencia del 15 de agosto de 2019, radicado No **2001-23-39-003-2014-00294-01**, C.P. **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, planteó como problema jurídico *“Para resolver si es procedente o no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva reiterada por el apoderado de Emdupar S.A. E.S.P., cuando fue decidida por el Tribunal Administrativo del Cesar en la audiencia inicial, sin que dicha decisión fuera recurrida”*, respecto de lo cual consideró:

(...)

Conforme a lo transcrito, es evidente que la competencia del fallador, en segunda instancia, tiene unos límites temporales y de fondo, pues solo puede estudiar la decisión que fue objeto de apelación y no aquellas decisiones que fueron tomadas en otras etapas del proceso, como en la audiencia inicial, y que se encuentran debidamente ejecutoriadas.

48. Ahora, visto el numeral 6.º del artículo 180 de la Ley 1437, es preciso indicar que las excepciones previas formuladas por la parte demandada se deciden en la audiencia inicial y se notifican en estrados, como lo ordena el artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **por lo que es en esta oportunidad procesal que se deben presentar los recursos procedentes en caso de reparo contra la decisión, de lo contrario, la providencia queda ejecutoriada y en firme.**

49. Lo precedente adquiere relevancia para no sorprender al juez en otra etapa del proceso o al *ad quem*, en el trámite del recurso de apelación, con debates o nuevos cuestionamientos respecto de decisiones ejecutoriadas y en firme en etapas procesales anteriores, cuyo objeto ya no es el estudio de las mismas.

(...)

53.1. La decisión de denegar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado de Emdupar S.A. E.S.P., fue decidida en el desarrollo de la audiencia inicial, es decir, en una etapa anterior a la sentencia proferida, en primera instancia.

53.2. Dicha decisión se encuentra ejecutoriada y en firme al no haberse interpuesto los recursos procedentes sin que sea posible un nuevo estudio posterior de dicho medio exceptivo, toda vez que los términos son perentorios y en esa medida, al no haberse controvertido la decisión en la etapa procesal precedente, no es competencia de este fallador de segunda instancia estudiarla nuevamente. (Se resalta).

Obsérvese que, si bien no hay una decisión de unificación del **CONSEJO DE ESTADO** sobre el tema en particular, también es que, sí existe una línea de interpretación uniforme con relación a la materia objeto de análisis, pues, conforme se advirtió en las providencias en mención, las cuales con fundamento en los artículos 247 del C.P.A.C.A., 320 y 328 del **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**, establecieron que la competencia del fallador de 2ª instancia, se circunscribe a estudiar lo decidido en la providencia apelada y no aquellas decisiones que fueron tomadas en otras etapas del proceso, como en la audiencia inicial, y que se encuentran debidamente en firmes y ejecutoriadas, como sucedió en este proceso.

Recuérdese que la competencia del Juez de 2ª instancia está delimitada por las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en el recurso, por lo que, en principio, los demás aspectos que no fueron planteados por el apelante deben ser excluidos del debate en 2ª instancia¹, salvo las decisiones que se deban adoptar de oficio,

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894), Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
50001-33-33-003-2013-00153-01 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CESAR ARTURO ORTIZ UMAÑA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO (SUCESOR PROCESAL EXTINTO DAS)

como lo aduce el mismo artículo 328 del **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO** y que se complementa con lo estipulado en inciso 2º, del artículo 187 del C.P.A.C.A., que prescribió *“En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.”*; sin embargo, esta facultad oficiosa se encuentra sujeta a que la excepción que pueda advertirse configurada, no haya sido resuelta en oportunidades anteriores, como es la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.C.A., sin la modificación efectuada por la Ley 2080 de 2021, o en la etapa que esta Ley previó para ello, y respecto de la decisión allí adoptada no se haya interpuesto los recursos procedentes por la parte afectada, entendiéndose con esto, que quedó conforme con lo resuelto, o de haberse presentado, el recurso hubiere sido decidido por el Juez en 2ª instancia, porque bajo cualquiera de estas circunstancias estaríamos frente a una decisión en firme y ejecutoriada. Al no ser que, se cuenten con nuevos elementos de juicio y que en su oportunidad no pudieron ser valorados por el Juez de 1ª instancia, escenario que no se muestra en el sub iudice, porque la decisión de declarar de oficio la excepción de caducidad se dio por un cambio de interpretación y no por la ocurrencia de una nueva prueba, como equívocamente se consigna en la decisión de **SALA PLENA**.

Es menester advertir, que la **SALA PLENA** incurre en una calificación errada al considerar que solo una decisión está en firme y ejecutoriada cuando contra la misma se haya interpuesto el recurso de apelación y hubiese sido objeto de apelación y, por ende, de definición por el Juez de 2ª instancia, considerándose que no sucede lo mismo cuando no se presentó el recurso de apelación en contra de la decisión que haya resuelto una excepción, infiriéndose de lo explicado en la sentencia de la Sala Plena, que en este evento, el Juez de 2º grado, al momento de estudiar el correspondiente recurso de apelación de la sentencia de 1ª instancia, tiene una amplia facultad para estudiar oficiosamente cualquiera de las excepciones que puedan encontrarse probadas, como ocurrió en el asunto en cuestión.

Me aparto de esa tesis, como quiera que desconoce no solamente que, en la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A., se consagraron los recursos que proceden contra las decisiones que se adoptan en la misma, como es el recurso de apelación que se consagró para el auto que decida sobre las decisiones previas (inciso final del numeral 6º, del mentado artículo 180), por lo que, si la parte afectada no hizo uso del mismo en su momento, se entiende que estuvo de acuerdo con lo decidido; sino también lo preceptuado en el artículo 302 del **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**, aplicable por la remisión que a esta normatividad hace el artículo 306 del C.P.A.C.A., en

los aspectos no regulados por este, artículo que señaló **que las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas** o no admitan recursos.

Bajo ese hilo argumentativo, no tiene soporte jurídico alguno la conclusión a la que llegó la **SALA PLENA**, que las decisiones adoptadas en la audiencia inicial y contra las que no se hubiere formulado el recurso de apelación, no quedan ejecutoriadas, siendo susceptibles de ser revisadas en etapas posteriores, como es al momento de resolverse el recurso de apelación presentado contra la sentencia de 1ª instancia; toda vez que, como se pudo ver, esta posición contradice flagrantemente lo regulado en el citado artículo 302 del C.G.P, y la misma línea jurisprudencial decantada por el **CONSEJO DE ESTADO**. A su vez que, se atribuye competencias absolutas, a partir de una interpretación ilimitada de lo prescrito en el inciso 2º, del artículo 187 del C.P.A.C.A., pues este tiene que ser observado según las circunstancias del caso en particular.

Igualmente, se desborda el límite de la competencia asignada al Juez de 2ª instancia para resolver el recurso de apelación contra sentencias, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que el fallador de 2ª instancia tiene unas claras competencias, que se encuentra limitada por un aspecto temporal y por el objeto mismo del recurso, es decir, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación en relación con la situación creada por el fallo de 1ª instancia.

Analizado el recurso de apelación incoado por la Entidad accionada, por ningún lado se formuló cuestionamiento alguno respecto a la posible configuración de la excepción de **CADUCIDAD** en el presente caso, sino únicamente frente a la concesión del derecho reclamado, lo que a juicio de la suscrita, revela la verdadera voluntad de la parte que interpone el recurso de apelación, siendo importante resaltar que, en el recurso de apelación opera el principio dispositivo, que consiste que tanto su interposición como su fundamentación está a cargo exclusivamente de las partes, quedándole prohibido al órgano jurisdiccional actuar de oficio en lo que a dichos menesteres respecta, salvo muy raras excepciones.

En otros términos, el principio dispositivo en el recurso de apelación apunta a que son las partes las que deben actuar y determinar los puntos a resolver por parte del Juez, lo cual conduce a delimitar el alcance de la decisión de quién está encargado de analizar el caso concreto. Que lo anterior, está en estrecha relación con la máxima latina *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme a la cual el Juez de 2ª instancia resuelve

los aspectos sometidos a su consideración en el respectivo recurso de apelación. Así lo indicó la Sección 2ª, Subsección A, del **CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia del 15 de marzo de 2018, proferida dentro del proceso con radicado No 73001-23-33-000-2014-00774-01(1439-16), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**.

A su vez, porque en el recurso de apelación opera también el principio de congruencia de la sentencia, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el **cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’**”*. Resaltándose que, de acuerdo con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, motivo por el que la potestad del Juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso².

Siendo ello así, son los sujetos de la apelación, los que establecen los puntos a resolver por el Juez de 2ª instancia, pues son los que deben señalar, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el Juez, por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, de manera que quedan firmes los restantes pronunciamientos al ser consentidos por los sujetos intervinientes.

En ese sentido, la **SALA PLENA** debió limitar el estudio de la decisión al objeto de la apelación presentada por la Entidad accionada, sin que le fuera permitido en esta oportunidad declarar de oficio la excepción de **CADUCIDAD**, porque aunque, en principio, esta facultad la instituye el inciso 2º, del artículo 187 del C.P.A.C.A., en este caso, tal excepción ya había sido resuelta en auto interlocutorio proferido en la audiencia inicial por la Jueza de 1ª instancia, decisión que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, en vista que contra esta no se interpuso recurso alguno.

Sumado a lo expuesto, aplicar en este asunto, la nueva tesis adoptada por la **SALA PLENA**, respecto de haber operado la **CADUCIDAD** del medio de control, porque la prestación reclamada no reviste la connotación de ser periódica, vulnera los principios de **CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE y SEGURIDAD JURÍDICA**.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 17.605, magistrado ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
50001-33-33-003-2013-00153-01 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CESAR ARTURO ORTIZ UMAÑA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO (SUCESOR PROCESAL EXTINTO DAS)

La **CORTE CONSTITUCIONAL** en sentencia T-453 de 2018, explicó que esta Corporación judicial en varias oportunidades ha estudiado el principio **DE LA BUENA FE**, señalando que se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la Administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad. Que dicho principio puede entenderse como un mandato de *“honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”*.

Señaló que la **BUENA FE** tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las Autoridades públicas pues pretende *“que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos”*, precisando que, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las Entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es *“garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada.”*

En la mentada sentencia se expresó que, de este principio surge el de la **CONFIANZA LEGITIMA**, principio que busca que la Administración se abstenga de modificar *“situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”*.

Precisa que el, **PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA** funciona como un límite a las actividades de las Autoridades, que pretende hacerle **frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**, ya que se trata de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los Entes estatales, debe ser respetada y protegida.

En síntesis, se indicó que la **CONFIANZA LEGITIMA** protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un

derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la Administración quebrante, de manera intempestiva, la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales.

En sentencia SU-498 de 2016, el Alto Tribunal Constitucional razonó que el principio de **CONFIANZA LEGITIMA** implica que se debe actuar con lealtad respecto de la relación jurídica vigente entre la Administración y el administrado, lo que a su vez comporta la expectativa de la misma lealtad y respeto de la otra parte. Que, en este sentido, una faceta de la buena fe es el respeto por el acto propio que se traduce en el deber de conducirse de forma coherente, con las actuaciones anteriores, por lo que le está prohibido al sujeto que ha despertado en otro confianza con su actuación, sorprender a la otra parte, con un cambio intempestivo que defrauda lo que legítimamente se esperaba.

Que, bajo el mentado principio, la Administración está obligada a respetar las expectativas legítimas de las personas sobre una situación que modifica su posición de forma intempestiva, pero que tales expectativas deben ser serias, fundadas y provenir de un periodo de estabilidad que permita concluir razonablemente que efectivamente se esperaba un determinado comportamiento por parte de la Administración.

Y, a través de ese principio, se ha logrado un balance entre los intereses públicos y privados, al permitir que la Administración avance en el desarrollo de su gestión, pero al mismo tiempo, proteja la buena fe que el Administrado había depositado en ella, de la que espera una estabilidad con respecto a las condiciones vigentes.

En la susodicha sentencia se indicó que, el citado principio exige que ante la verificación de una expectativa legítima del Administrado y de un cambio intempestivo de la Administración, siempre que sea legal y constitucional, ésta adopte medidas transitorias para enfrentar el cambio que impone. La adopción de estas medidas responde al respeto por los compromisos, la seguridad jurídica y la protección a la estabilidad social, que requiere que se mitigue el daño generado con la nueva situación.

Es preciso comentar que, lo anterior no significa que las Autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o interpretaciones nuevas sobre un determinado asunto. La aplicación de los principios de **BUENA FE** y **CONFIANZA LEGITIMA**, propende por que la Administración no pueda crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la Administración

suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

En sentencia C-1049 de 2004, la **CORTE CONSTITUCIONAL** dijo que si bien, el **PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA** deriva directamente, no solo del **PRINCIPIO DE BUENA FE**, sino también del de la **SEGURIDAD JURÍDICA**, adquiere identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre Administración y administrado. Y se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones.

También se insistió en que el principio de **CONFIANZA LEGITIMA** no se limita al espectro de las relaciones entre Administración y administrados, sino que irradia a la **ACTIVIDAD JUDICIAL**,:

*“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. **Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet**”^[25]. (Se resalta).*

La línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte, al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre, y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el **PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA**.^[26]

Similar criterio ha sido esbozado por el **CONSEJO DE ESTADO**. Por ejemplo, la Sección 5a, en sentencia del 18 de febrero de 2021, radicado No 11001-03-28-000-2020-00058-00, C.P. **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, expresó que **la CONFIANZA LEGÍTIMA** propende por la evolución del ciudadano en un medio jurídico

estable y previsible, del cual pueda fiarse, comentando que dicho principio rige la relación entre las Autoridades estatales –lo que incluye a los Jueces– y las personas, naturales o jurídicas, y que su fundamento se encuentra en el **PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**, establecido en los artículos 1° y 4° de la Constitución, en el respeto del acto propio y el principio de la **BUENA FE**, contenido en el artículo 83 de la misma Constitución. Señalando sobre el principio de la **CONFIANZA LEGÍTIMA** y su aplicación en el escenario judicial, lo siguiente:

“Lo anterior implica que se debe actuar con lealtad respecto de la relación jurídica vigente entre la administración y el administrado, lo que a su vez comporta la expectativa de la misma lealtad y respeto de la otra parte. En este sentido, una faceta de la buena fe es el respeto por el acto propio que se traduce en el deber de comportarse de forma coherente con las actuaciones anteriores, por lo que le está prohibido al sujeto que ha despertado en otra confianza con su actuación sorprender a la otra parte con un cambio intempestivo que defrauda lo que legítimamente se esperaba”.

Entonces, bajo el principio de confianza legítima, la administración está obligada a respetar las expectativas legítimas de las personas sobre una situación que modifica su posición de forma intempestiva. (...)
(...)

*Respecto de la **confianza legítima en el escenario judicial**, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001³, determinó que:*

“El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado⁴ como administrador de justicia.⁵ Esta confianza no

³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ La Corte ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: “Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.” Sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁵ Aplicando el principio de la confianza legítima en relación con las autoridades judiciales, ver Sentencia T-321/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Así mismo, la Sentencia T-538/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) estableció la aplicación de este principio respecto del servicio de administración de justicia y de la actividad judicial diciendo: “El sindicado es sujeto procesal y no víctima procesal. Las consecuencias del error judicial que enmienda y corrige el superior, no pueden gravitar negativamente en la parte procesal hasta el punto de que ésta pierda la oportunidad de utilizar un recurso de defensa por haberlo presentado dentro del término que le indicó el juzgado de la causa con base en una interpretación *prima facie* razonable, esto es, por haber conformado su conducta procesal a los autos y demás actos procedentes de dicho despacho judicial.”

“La corrección del error judicial por el superior, ha podido hacerse sin necesidad de colocar a su víctima en estado de indefensión, limitando la función de enmienda al acto del juez, pero conservando para la parte la posibilidad de sustentar el recurso. Así no se habría castigado la buena fe del apelante que libró su defensa con base en la contabilización oficial del término, más tarde desvirtuada. En estas condiciones, la notificación de la desestimación de la apelación interpuesta, sin posibilidad de intentarla de nuevo, se hace en el momento en que la parte se encuentra más impotente y desguarnecida procesalmente. La respuesta a la 50001-33-33-003-2013-00153-01 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CESAR ARTURO ORTIZ UMAÑA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO (SUCESOR PROCESAL EXTINTO DAS)

se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. **Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.**

En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción”.

La Corte también precisó⁶ que una forma de materializar y de aplicar el principio de confianza legítima lo configura “...el respeto del precedente, en virtud del cual se les exige a los jueces sujetarse a sus propias decisiones y a las que profieren sus superiores funcionales, para que los fallos respondan a cierto nivel de coherencia, asociado a la protección de los derechos de igualdad de trato jurídico, de debido proceso y al principio de buena fe⁷”.

Lo anterior en procura de que los jueces deban “...adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, **sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas** que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”⁸. (Negrilla es del texto original) (el subrayado es de la suscrita).

En sede de tutela, el **CONSEJO DE ESTADO** en sentencia del 26 de septiembre de 2016, Sección 4ª, radicado No 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC), C.P. **HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**, explicó como el principio de la **CONFIANZA LEGITIMA** debe tenerse en cuenta al momento de expedirse una sentencia en la que se adopte un cambio jurisprudencial. Al respecto comentó:

buena fe del sindicado, a quien no se le puede reprochar haber conformado su actuación a la contabilización judicial del término, es la indefensión y la ejecutoria de la condena. A juicio de esta Corte, objetivamente, esta consecuencia no puede ser de recibo. La administración de justicia, a través de las diferentes instancias, debe corregir sus propios errores, pero no a costa del sacrificio del legítimo derecho de defensa de los sindicados y menos escazando la buena fe que ellos razonadamente hayan puesto en los actos de las autoridades. Los dictados de la buena fe se ignoran al obrar con tan máxima severidad y dar lugar a iniquidad manifiesta. En definitiva, para corregir el error judicial - falencia interna del servicio de administración de justicia - no era necesario sacrificar de manera tan palmaria el derecho de defensa del sindicado (CP art. 29) y considerar falta suya el haber confiado razonadamente en la autoridad pública (CP art. 83).”

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-319A-12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ La Sentencia T-468 de 2003 confrontó la garantía de esos derechos frente al margen de autonomía que la Constitución Política les reconoce a los jueces, específicamente, frente a la aplicación de la doctrina constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Ibidem.

(...)

Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.

Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.

En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.

Sin embargo, debe precisarse que si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con *sindéresis* y con cuidado de no afectar derechos fundamentales. En efecto, puede ocurrir que la nueva regla no pueda aplicarse de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas. (Se resalta).

En este orden de ideas, se tiene que el principio de **COFIANZA LEGITIMA** es un corolario de aquel de la **BUENA FE** y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Entidad estatal, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.

Bajo esa perspectiva, la **CONFIANZA LEGITIMA** se erige como garantía del Administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las Autoridades públicas - trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales-.

A partir de lo anterior, la suscrita encuentra que la aplicación al presente caso, de la nueva regla jurisprudencial de **CADUCIDAD** en los asuntos donde se reclame la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la **PRIMA DE RIESGO**, adoptada por la **SALA PLENA** en la sentencia de la cual me aparto, vulnera los principios de **CONFIANZA LEGITIMA, BUENA FE** y **SEGURIDAD JURIDICA** que le asisten al demandante.

Esto, por cuanto no se puede desconocer que el demandante cuando presentó el medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** lo hizo confiando en que la Administración de Justicia no le aplicaría la regla de **CADUCIDAD** a los eventos en que se demanda el acto administrativo que niega la inclusión de la **PRIMA DE RIESGO** como factor salarial de liquidación de las prestaciones sociales devengadas en el extinto **DAS.**, toda vez que para la fecha de radicación de la demanda (año 2013), se encontraba vigente la tesis que prohijaba el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, que no se debía aplicar el plazo de **CADUCIDAD**, en tanto que la **PRIMA DE RIESGO** era **una prestación de carácter periódica**. Para ello, se puede consultar los autos del 26 de marzo de 2014, proferidos por este Tribunal, con ponencia del Doctor **EDUARDO SALINAS ESCOBAR**, que revocó el auto que había rechazado las demandas por **CADUCIDAD** de la acción, dentro de los procesos con radicado No 50001333300720130025001, demandante **JHONY ALBERTO PINZÓN RODRÍGUEZ**; 5001333300720130024601, demandante **EDGAR RAUL VARGAS MAHECHA** y 500013333007201300214801, demandante **JAIRO SANABRIA SANABRIA**, siendo la Entidad demandada en todos el extinto **DAS.** Los referidos procesos se encuentran digitalizados en la plataforma share point.

Es menester indicar que este Tribunal solo hasta la sentencia del 29 de octubre de 2020, proferida dentro del proceso radicado No 50001-33-33-006-2014-00281-01, M.P. **CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ**, empezó a permear el criterio en cuanto al análisis de **CADUCIDAD** en estos eventos, donde se partió de que una vez el personal del **DAS.**, en virtud de la supresión, se incorpora en una de las Entidades receptoras, la **PRIMA DE RIESGO** pierde el carácter de prestación periódica al finalizar el vínculo con la Entidad primigenia, y que finalmente fue acogido por la **SALA PLENA** de decisión de este Tribunal.

En ese orden de ideas, imponerle al demandante la carga de la nueva postura jurisprudencial trazada por la **SALA PLENA** resulta desproporcionado, inequitativo y contradictorio a los principios de **SEGURIDAD JURÍDICA, BUENA FE y CONFIANZA LEGÍTIMA**, pues se repite, el actor acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el año 2013, cuando estaba en rigor la tesis que sostenía que no operaba la caducidad en estos asuntos por ser la **PRIMA DE RIESGO**, una prestación periódica.

Lo anterior evidencia, una clara transgresión a los principios aludidos, en razón a que se modificó la posición del accionante de forma abrupta e intempestiva, por el cambio de criterio que sobre el particular se tenía, sin poder tomar alguna medida transitoria para que se adecue a la actual situación.

Además, es violatorio del principio de **IGUALDAD** del actor, si se tiene en cuenta que en los procesos a los que se hizo referencia con anterioridad, esto es, los distinguidos con el radicado No 50001333300720130025002, demandante **JHONY ALBERTO PINZÓN RODRÍGUEZ**; 5001333300720130024602, demandante **EDGAR RAUL VARGAS MAHECHA** y 500013333007201300214802, demandante **JAIRO SANABRIA SANABRIA**, ponente Mag. **CARLOS ENRIQUE ARDILA BARBOSA**, fueron resueltos de fondo por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, en sentencias del 10 de diciembre de 2020, los dos primeros, y del 2 de diciembre del mismo año, el último de los mencionados, a quienes no se les aplicó el criterio de **CADUCIDAD**, bajo el argumento de que como en 1ª instancia se rechazó la demanda al considerarse precisamente configurado el medio exceptivo de la **CADUCIDAD**, lo que motivó el recurso de apelación, resolviéndose por esta Corporación en 2ª instancia, debía tenerse en cuenta el principio de **CONFIANZA LEGITIMA** que reviste las actuaciones judiciales, por lo que no era procedente realizar un nuevo análisis sobre un aspecto que ya fue objeto de pronunciamiento; no entendiendo la suscrita dónde radica la diferencia con el caso del accionante, pues también dicho medio exceptivo fue resuelto mediante providencia debidamente ejecutoriada, al no haberse presentado ningún recurso, conforme ya se explicó ampliamente.

Así las cosas, al demandante debía respetársele la posición vigente para la fecha de presentación de la demanda, pues, en razón al criterio que se había esbozado, él confió en que podía acceder a la Administración de Justicia en cualquier momento, por lo que, adoptar a su caso, la nueva regla jurisprudencial es sorprenderlo con un cambio brusco e inesperado, frente al cual no tuvo la oportunidad de adecuarse.

De manera que, el comportamiento de la **SALA PLENA** de este Tribunal al declarar de oficio la **CADUCIDAD** del medio de control, quebrantó la expectativa legítima del accionante, no solo porque el tema ya había sido superado por el Juez de 1ª instancia, sino porque se inadvirtió que para la fecha en la se radicó la demanda, se tenía la plena convicción que podía demandar, en cualquier momento, el acto administrativo que negó la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la **PRIMA DE RIESGO**, se insiste; lo que conllevó a una negación de justicia, siendo por lo tanto, una decisión que atenta igualmente contra el derecho acceso a la Administración de Justicia del demandante.

Para terminar, debe considerarse especialmente que al decidirse que operó la **CADUCIDAD** del medio de control, es tener por sentado que hubo una negligencia por parte del actor de no acudir en término ante la Jurisdicción contenciosa, situación que como se viene diciendo, no puede predicarse en este asunto, como quiera que la configuración de este medio exceptivo devino de un cambio de tesis y **no por un nuevo elemento de juicio** que hubiera advertido su concreción, como erradamente lo sustenta la sentencia de la cual me aparto.

En estos términos dejo consignada mi salvamento de voto,

TERESA HERRERA ANDRADE

MAGISTRADA

Firmado Por:

Teresa De Jesus Herrera Andrade

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

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

Código de verificación:

b2b260b1641b69e53546958b8c007ed6ec2d6dbb703b6da1dd050473299db3f7

Documento generado en 14/09/2021 08:31:26 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>