



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 065 / 16

| | |
|-------------------------|--|
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EL DERECHO |
| RADICACION | 13-001-33-33-012-2014-00066-00 |
| DEMANDANTE | MARCO TULIO CHANG NIETO |
| DEMANDADO | FIDUPREVISORA S.A. EN CALIDAD DE SUCESOR PROCESAL DEL DAS |
| ASUNTO | RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES CON INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE RIESGO COMO FACTOR SALARIAL |

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor MARCO TULIO CHANG NIETO, contra la FIDUPREVISORA S.A. EN CALIDAD DE SUCESOR PROCESAL DEL DAS.

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita el actor que previa la inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior (art. 53 CN), se declare la nulidad del acto administrativo negativo presunto, configurado por la falta de respuesta a la reclamación radicada el 30 de septiembre de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "Prima de Riesgo".

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

Que a la sentencia se dé cumplimiento en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

El actor laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en supresión, desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el cargo de Detective 07 del Área Operativa de la Seccional Bolívar en la ciudad de Cartagena.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULLIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

2

El DAS además del salario percibido, le pagaba al actor mes a mes una prima de riesgo ordenada en el Decreto 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada y complementada en los Decretos 132 del 17 de enero; 1137 del 2 de junio y 2646 de noviembre de 1994.

La prima de riesgo citada fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de labores de alto riesgo y les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes, durante el vínculo laboral y como contraprestación del servicio.

En razón de su cargo percibió por concepto de prima especial de riesgo un 35% de su asignación básica mensual.

El DAS durante toda la relación laboral liquidó las primas y prestaciones sociales causadas sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.

Mediante reclamación administrativa dirigida al DAS en proceso de supresión, radicada el 30 de septiembre de 2013, se solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994, y consecuentemente, el reajuste de todas las primas y prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo, sin que la administración se haya pronunciado acerca de ella, operando el silencio administrativo negativo presunto.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa la parte demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Constitución Política de Colombia artículos 53 y 93; Ley 50 de 1990 artículo 14, Decreto 132 de 1994 artículo 1º; Decreto 1137 de 1994 artículo 1º; Decreto 2646 artículos 1º al 4º; Sentencia SU-995 de 1999, Sentencia del 7 de abril de 2011 Rad. 2007-00249-01 (0953-10) del Consejo de Estado, Sección Segunda.

En términos generales, considera el apoderado de la parte actora que la prima de riesgo fue inicialmente concebida y dispuesta para un determinado grupo de funcionarios, que posteriormente fue ampliada hasta llegar a beneficiar a todos los funcionarios del DAS y fue cancelada en forma habitual y periódica como contraprestación directa de labores de alto riesgo.

La violación del último aparte del artículo 53 de la Carta, se funda en que los decretos posteriores quitaron a la prestación la condición de factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales, sin tener en cuenta la naturaleza jurídica de la mencionada prima de riesgo, a pesar que jurisprudencialmente esta prima ostenta una naturaleza salarial, por ser este beneficio recibido por el trabajador de manera habitual lo que le da el carácter de salarial, así se le haya querido quitar el mismo a través de decretos.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULLIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

3

Lo que se pretende en el presente asunto es que se declare la inaplicación del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 por considerarse inejecutable, al encontrar razones que permiten alegar que su aplicación es violatoria de norma superior, en cuanto a que el artículo 53 de la Constitución Política prohíbe la extinción de derechos laborales adquiridos mediante leyes anteriores. Es por ello que la norma indicativa de no constitución de salario de la prima de riesgo debe inaplicarse en los términos del artículo 4° de la C.P. y consecuentemente deben ser acogidas las pretensiones de la demanda, disponiéndose los reajustes correspondientes.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada Departamento Administrativo de Seguridad DAS en Supresión presentó contestación a la demanda dentro del término legal (fls. 49 al 63), donde señalan que se oponen a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando además que el acto demandado no es un acto definitivo ni es de aquellos contra los cuales se pueda accionar por vía administrativa.

Manifiestan además que la prima (prima de riesgo) señalada en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 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. De las normas anteriores se puede analizar que la prima de riesgo reclamada no constituye factor salarial y cuando la ley es clara no se puede entrar a interpretar so pretexto de consultar su espíritu.

En varias jurisprudencias del Consejo de Estado se ha dispuesto que la prima de riesgo no es factor salarial quedando claro que los elementos relacionados con la habitualidad y periodicidad de los pagos, no son suficientes para determinar un factor como elemento constitutivo de salario, sino que además el mismo factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador para que se comprenda como constitutivo de salario, aun así las normas no lo contemplan.

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

Fiduprevisora S.A. presenta alegaciones de conclusión el día 11 de mayo de 2016 (fls. 262-268), en donde señala que la prima de riesgo no constituye factor salarial pues así se estableció en el Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, mediante el cual se reglamentó el régimen prestacional del extinto DAS y, en los Decretos 132 de 1994, 1137 de 1994, 1835 de 1994 y 2646 de 1996, mediante los cuales se ha desarrollado el tema de la prima de riesgo.

Igualmente señala que los distintos decretos expedidos por parte del Presidente de la Republica en relación con el reconocimiento y pago de la prima de riesgo se han proferido en desarrollo de la Constitución y la Ley, y por ende, el hecho que se haya determinado que dicha prestación no constituye factor salarial no contraviene normas superiores en materia laboral.

Por otro lado, considera que de la normatividad que regula el tema de la prima de riesgo así como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede más que concluirse que la intención del legislador fue la de no darle carácter salarial a la



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

4

prima de riesgo lo que impide que el fallador pueda contravenir los específicos mandatos legales al respecto.

Finalmente, estima que la prima de riesgo solo puede tenerse en cuenta a efectos de liquidar las pensiones de los empleados del extinto DAS, conclusión a la que ha llegado el Consejo de Estado en sentencia de 1 de agosto de 2013¹, basándose no en el hecho de que la prima de riesgo constituya o no un factor salarial sino en razón a la normatividad pensonal específica del extinto DAS.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto.

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 10 de febrero de 2014 (fl.1) y sometida a reparto el mismo día (fl. 32), correspondiéndole el negocio al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena que admitió mediante auto de fecha 6 de marzo de 2014 (fls. 33 al 35).

El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 20 de mayo de 2014 (fl. 39 al 48). Posteriormente, mediante auto del 15 de octubre de 2014 (fl. 71 al 73) se decretó la sustitución procesal en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, providencia que se notifica el día 16 del mismo mes y año (fl. 74).

El día 21 de octubre de 2014, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó un recurso de reposición contra la providencia antes descrita (fl. 79 al 82), dicho recurso fue resuelto a través de auto de 15 de abril de 2015 (fl. 121 al 125), acogiendo los argumentos del recurrente y decretándose la sucesión procesal del demandado en cabeza de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

Mediante auto de 19 de noviembre de 2015 (fl. 170) se deja sin efectos el auto del 15 de abril de 2015, mediante el cual se reconoció a la Nación – Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal de la accionada y se le reconoce esta calidad al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

El día 14 de enero de 2016 (fl. 193 al 196), se celebró la primera sesión de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la cual se dejó sin efectos los numerales primero y segundo de la providencia de 19 de noviembre de 2015 y en consecuencia ordenó mantener como sucesor procesal de la entidad demandada a la Nación - Fiscalía General de la Nación y vincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como litisconsorte de la parte pasiva.

Mediante auto de 26 de febrero de 2016 (fl. 224 al 226), el despacho resuelve un recurso de reposición presentado contra la anterior decisión por parte de la Nación - Fiscalía General de la Nación, en virtud de lo cual ordena desvincular a Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y se reconoce como

¹ El demandado no identifica los demás datos de la providencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULLIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

5

sucesor procesal de la entidad demandada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El día 14 de marzo de 2016, se desarrolla la segunda sesión de la audiencia inicial (fl.230 al 233), en la cual se dispuso desvincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) y, en su lugar, reconocer a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, como el sucesor procesal de la entidad demanda. Asimismo, se fijó como fecha para la celebración de la audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo los días día 5 de mayo de 2016 y 1 de junio de 2016, diligencia en la que se corrió traslado para la presentación de alegaciones de conclusión y concepto del Ministerio Público (fls. 257-258, 269).

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

CUESTION PREVIA

En atención a que la entidad denominada Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, fue suprimida mediante la Ley 4057 de 2011, el Decreto 2404 de 2013 fijó como plazo para finalizar el proceso de supresión de la mencionada entidad el día 27 de junio de 2014, plazo que fue prorrogado por el Decreto 1180 del 27 de junio de 2014, hasta el 11 de julio de 2014.

Posteriormente, mediante Decreto 1303 del 11 de julio de 2014 se definieron las entidades que recibirían los procesos judiciales, los archivos, los bienes afectos a los mismos, así como otros aspectos propios del cierre definitivo del proceso de supresión. Por solicitud del apoderado de la Fiduprevisora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, hecha en memorial radicado el 11 de marzo de 2016 y reiterada en audiencia inicial llevada a cabo el 14 de marzo de 2016, con fundamento en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 y el contrato de fiducia mercantil No. 6.001-2016, este despacho decretó la sucesión procesal en esta entidad.

Así, no habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y habiéndose verificado en el sub iudice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

6

El problema jurídico radica en establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales, las cuales han sido relacionadas en la demanda, con la inclusión de la prima de riesgo.

TESIS DEL DESPACHO

Encuentra el despacho que el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculado al extinto DAS, con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma tiene el carácter de factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones pensionales, pero con aplicación de la prescripción trienal, salvo para las cesantías a que tiene derecho el actor.

MARCO NORMATIVO

SOBRE LA PRIMA DE RIESGO

El régimen prestacional de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS fue expedido mediante el Decreto 1933 del 28 de agosto de 1989, disposición en la cual, se estableció que los empleados vinculados a dicha entidad tendrían derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la Administración pública de orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 451 de 1984.

En principio, el Decreto 1933 de 1989 dispuso que los funcionarios pertenecientes a las áreas de la Dirección Superior, Operativa y los Conductores del área administrativa adscritos al servicio de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos de antiexplosivos, tendrían derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al 10% de su asignación básica.

Posteriormente el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de Detective especializado, profesional o agente²; Criminalístico especializado, profesional o técnico³ y conductores, equivalente al 30% de su asignación básica mensual. A su turno, el inciso 2º del artículo 1º del referido Decreto, estipuló:

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

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994 “*por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad*”, el cual fijó nuevamente el reconocimiento de la prima especial para el mismo grupo de trabajadores establecido en el Decreto 1137 de 1994.

² Que no estén asignados a tareas administrativas.

³ Ídem.

⁴ Al respecto, estableció el artículo 5º que: “*El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994.*”.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
MARCO TULLIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

7

El Decreto 2646 de 1994, prescribe que la prima de riesgo no constituye factor salarial. Los artículos 1º y 4º de dicha norma prescriben:

“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 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 y el Decreto 132 de 1994.”.

Es importante anotar que, si bien los Decretos 1137 de 1994 y 2646 de 1994 señalaron que la prima de riesgo no constituía factor salarial, debe tenerse en cuenta que en aplicación del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, tratándose de pensión de jubilación, esta debe ser liquidada con el promedio de los salarios y primas de toda especie. Al respecto el Honorable Consejo de Estado⁵, concluyó:

“De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)

No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario por no tratarse en este caso particular de la Ley 100 de 1993 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, se ordenará su inclusión.

⁵Sentencias de: i) Sección Segunda – Subsección A de 7 de abril de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; radicado interno No. 953-2010, actor: Edgar Osorio Rivas; y, ii) Sección Segunda – Subsección A, de 8 de agosto de 2011, C.P. Alfonso Vargas Rincón, actor: Emmanuel Ardila Bravo.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

8

En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo".

Dicha providencia, entonces, modificó la tesis que se venía sosteniendo en relación con la oportunidad de incluir la prima de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación de la pensión de los detectives que se rigen por el régimen especial aquí analizado, debiendo precisarse que con posterioridad a ella no se ha proferido pronunciamiento en contrario sino reafirmando la misma.

EL CASO CONCRETO

En consideración a los planteamientos de la demanda, se tiene que el actor pretende que se le reliquiden y paguen las diferencias dejadas de percibir en sus prestaciones sociales, toda vez que no se le incluyó dentro de dicha liquidación, lo correspondiente a la prima de riesgo de que trata el Decreto 2646 de 1994.

Basa sus pretensiones en que la prima de riesgo fue reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de labores de alto riesgo y les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación del servicio prestado, por lo que indudablemente se constituye en un factor salarial.

Revisado el plenario el Despacho encuentra probado lo siguiente:

El actor elevó reclamación administrativa el día 30 de septiembre de 2013 ante la entidad Departamento Administrativo de Seguridad DAS En Supresión (fls. 18 a 19), en donde solicita se le reconozca como factor salarial para todos los efectos legales la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 y consecuentemente, se ordene el reajuste de todas las primas y prestaciones sociales causadas y que se causen a futuro, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que se incluya la prima de riesgo. Esta solicitud no fue resuelta, por lo que se configuró un acto ficto o presunto del cual se pretende la nulidad, mediante el presente proceso.

Igualmente mediante certificación expedida por la Coordinación del Grupo Administrativo de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión de fecha 15 de octubre de 2013 (obrante a folio 27), se ha acreditado que el actor laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñando el Cargo de Detective 208-07 y devengó una prima especial de riesgo del 35% sobre la asignación básica mensual. El porcentaje devengado por concepto de prima especial de riesgo se corrobora no solo en el cuerpo del certificado descrito sino que también se aprecia en las certificaciones salariales visibles de folio 23 a 26.

Frente a las argumentaciones esgrimidas por la partes, es importante señalar que de acuerdo a la normatividad relacionada en el capítulo correspondiente al marco normativo de la presente providencia, se puede evidenciar que en las mismas se hace claridad que la prima de riesgo no constituye factor salarial, teoría que fue acogida por el Honorable Consejo de Estado, que de manera inicial tomó en estricto



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

9

sentido el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, es decir, dicha corporación asumió la posición frente a la cual, la prima de riesgo no constituía factor salarial, incluso al momento de realizar liquidaciones pensionales.

Posteriormente, esta posición fue replanteada en el año 2010⁶, en donde se dejó de lado una lectura estricta y literal del Decreto 2646 de 1994, para acoger la tesis mayoritaria de la Corporación al momento de realizarse un estudio de los factores a tener en cuenta al momento de establecer el Ingreso Base de Liquidación –IBL– de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, y estableció, entre otras cosas, que el hecho de que la prima de riesgo no se tenga en cuenta como factor salarial, no lo excluye de ser tenida en cuenta para efectos de liquidar pensión de jubilación.

Ahora bien, encontrando dos posiciones opuestas respecto a la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y su inclusión como factor salarial, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo se pronunció en sentencia de unificación⁷, estableciendo que la prima de riesgo percibida por los empleados del DAS es constitutiva de salario, para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional, así:

“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 tenida 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.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”

Así las cosas, de acuerdo a lo señalado en las directrices jurisprudenciales antes indicadas, es dable concluir que el Honorable Consejo de Estado ha establecido

⁶ Consejo de Estado, CP., Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente N° 25000-23-25-000-2005-00052-01(0568-08) sentencia de 10 de noviembre de 2010.

⁷ C.E. Sección Segunda, Sentencia del 1º de Agosto de 2013, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

10

que la prima de riesgo constituye factor salarial en el tema de pensiones y aun cuando nada se dijo sobre el alcance que tiene para la liquidación de las prestaciones sociales; debe dársele una aplicación extensiva a lo considerado por esa Corporación, por lo que la prima de riesgo deberá ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, pues el mismo razonamiento que hizo el Consejo de Estado para las pensiones resulta aplicable para las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que el argumento para así reconocerlo, es que cualquier suma que de manera habitual y periódica reciba el trabajador, constituye factor que integra el salario, quedando claro que dicha sentencia resolvió lo relativo a la naturaleza salarial de la prima de riesgo, razones estas suficientes para indicar que la sentencia de unificación que se viene referenciando es aplicable al caso en estudio.

Por ello, el actor tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue percibida por el actor de manera habitual y periódica; prima de riesgo que por su origen y características hace parte de la remuneración directa del servicio y por lo tanto es salario para todos los efectos, por eso, dicha prima tiene el carácter de factor salarial no solo para efectos pensionales como se dijo antes, sino también a efectos de liquidar las prestaciones devengadas. En consecuencia, las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad.

Ahora bien, de la demanda y sus anexos se advierte que en la reclamación administrativa elevada por el demandante ante el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS en supresión el 30 de septiembre de 2013 (fls. 18 a 19), este manifiesta que laboró en la entidad desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011. Así mismo, se observa que las pretensiones de la reclamación iban encaminadas a que se le reconociera como factor salarial la prima de riesgo que le fue pagada mes a mes durante su vinculación en el DAS y que, consecuentemente, se le reajustaran todas las prestaciones sociales, pues estas debían ser liquidadas con el salario realmente devengado, el cual debía incluir la prima de riesgo.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto, originado por la no contestación de la petición radicada en la entidad en fecha 30 de septiembre de 2013, a través del cual se niega el reconocimiento como factor salarial, para todos los efectos legales, de la prima de riesgo; ordenándose a la Fiduprevisora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, y como sucesora procesal del DAS, que reliquide las prestaciones causadas a favor del señor MARCO TULIO CHANG NIETO, quien se identifica con la C.C. 8.850.304, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2011 y que no se encuentren prescritas, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, teniendo en cuenta que el demandante devengaba una prima de riesgo en un equivalente al 35% sobre su asignación básica mensual.

Así mismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \text{ Índice final}$$



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

11

Índice inicial

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

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho Decreto *"prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual"*. A su turno el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, señala que las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, *"prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual"*.

El actor presenta reclamación administrativa ante el extinto DAS el día 30 de septiembre de 2013, por lo que en aplicación de lo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 este Despacho declarará de manera oficiosa la excepción de prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 30 de septiembre de 2010, por lo que la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas al actor mediante esta providencia, se dará únicamente durante el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011, momento de terminación de su vínculo con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, de acuerdo a lo expuesto en punto anterior.

Además, se descontarán los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones, desde el 30 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2011.

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

12

directamente a quien fue su servidor o a través del fondo administrador de cesantías al que se encuentre afiliado.⁸

En tal virtud, el término de prescripción de las cesantías solo se empieza a contar a la finalización del vínculo laboral, en el caso particular el día 31 de diciembre de 2011, momento en el que el ex trabajador debió recibirla y beneficiarse de ella. En el sub examine, se advierte que el pago de las cesantías del trabajador se hizo una vez terminado el vínculo laboral tal como se aprecia en la certificación de liquidación de nómina definitiva de fecha 30 de marzo de 2016, emanada del Archivo General de la Nación – Coordinación de Gestión Financiera y visible a fol. 271 del expediente.

Sin embargo, en la reclamación administrativa que fue presentada ante el extinto DAS el día 30 de septiembre de 2013, se observa que el actor solicita la reliquidación de las mismas teniendo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial.

En este orden de ideas, se debe advertir que para el caso en estudio, el fenómeno de prescripción trienal no aplica pues el actor radicó su solicitud dentro de los tres años siguientes (30/09/13) contados desde el momento que se hizo exigible (31/12/11).

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho las cuales corresponderán al

⁸ Al respecto ver C.E. Sección Segunda Sentencia del 22/01/2015 Rad. 080012331000201200388 01 No. Interno: 4346-13, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

13

2% del valor de la cuantía estimada de la demanda⁹, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante y la cuantía de las pretensiones.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte¹⁰, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

CONCLUSIONES

De lo probado en el proceso, se concluye que el demandante tiene derecho a que se le reliquiden sus prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculado al extinto DAS, con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma tiene el carácter de factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones pensionales, pero con aplicación de la prescripción trienal, salvo para las cesantías a que tiene derecho el actor y como consecuencia de ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito planteadas por la entidad demandada.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto, originado por la contestación de la petición radicada ante Departamento Administrativo de Seguridad – DAS En Supresión en fecha 30 de septiembre de 2013, que negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la liquidación de prestaciones sociales del señor MARCO TULIO CHANG NIETO.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Fiduprevisora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, y como sucesora procesal del DAS, reliquidar y pagar las prestaciones sociales a favor del señor MARCO TULIO CHANG NIETO, quien se identifica con la C.C. 8.850.304, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial equivalente al 35% sobre su asignación básica mensual, por el tiempo que estuvo vinculado al extinto DAS, es decir, desde el 30 de septiembre de 2010, por prescripción trienal, y hasta el 31 de diciembre de

⁹ La cuantía de la demanda se estimó en \$ 8.253.385 (fl. 14)

¹⁰ Ver folio 45 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MARCO TULIO CHANG NIETO Vs. FIDUPREVISORA S.A.
RAD: 13-001-33-33-012-2014-00066-00

14

2011, salvo lo correspondiente a cesantías sobre las cuales no opera el fenómeno de la prescripción, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Se ordena la actualización de la condena, según los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Se declara probada de oficio la excepción de prescripción de derechos laborales, por lo que las sumas adeudadas solo serán canceladas a partir del 30 de septiembre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011, salvo para las cesantías a que tiene derecho el actor, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Del monto a reconocer, en caso que no se hubiere hecho, la entidad descontará los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones, 30 de septiembre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la parte vencida, incluyendo agencias en derecho por el equivalente al 2% del valor de la cuantía estimada en la demanda. Su liquidación se efectuará por Secretaría.

OCTAVO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.

NOVENO: Previa solicitud, devuélvase al señor MARCO TULIO CHANG NIETO, quien se identifica con la C.C. 8.850.304, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Leidys Espinosa V.

LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST

Jueza