



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-005-2015-00377-00
DEMANDANTES:	LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (DAS SUPRIMIDO)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Una vez agotado el trámite procesal correspondiente previsto en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-C.P.A.C.A.-, no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho en ejercicio de sus competencias legales, a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

1.1.1. Hechos:

Los constituyen las circunstancias fácticas concertadas en la fijación del litigio adelantada junto con los extremos procesales en la audiencia inicial celebrada el 21 de marzo de 2018¹, que tienen relación de forma concreta con la solicitud de que se declare que la prima de riesgo constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales causadas y que se causen a futuro.

1.1.2. Pretensiones.

La parte demandante pretende se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, mediante los cuales les fue negado a mis representados el reconocimiento e inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en la reliquidación de prestaciones sociales.*

Nombre	Acto administrativo	Expedido por
Leonel Carvajalino Villamizar	20141050086371 de 22 de diciembre de 2014	Hugo Alejandro Sánchez
Uriel de Jesús Serrano Rodríguez	20141050087581 de 26 de diciembre de 2014	Hernández – Jefe Oficina Asesora Jurídica

2. *Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se restablezca el derecho de mis representados de reajustar, liquidar y pagar las prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro (cesantías e intereses a las cesantías, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de navidad, primas de vacaciones, primas de servicios y primas de antigüedad), incluyendo como factor salarial en la base de la liquidación la prima de riesgo, así como que se reconozca y pague los intereses comerciales y de mora causados desde el momento en que se hicieron exigibles las obligaciones hasta cuando*

¹ Acta Folios 195-196

efectivamente se produzca el pago y se incluya de manera regular en nómina y se reconozca y pague el ajuste al valor o indexación laboral sobre las sumas que resultaren adeudadas.

3. *Las sumas devengarán intereses moratorios de conformidad con lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A.*
4. *Condenar en costas y agencias en derecho a favor del demandante, de acuerdo a las preceptivas del artículo 188 del C.P.A.C.A.*
5. *La Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dará cumplimiento a la sentencia dentro del término legal según los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.*

1.2. Contestación de la demanda

En la fijación del litigio adelantada dentro de la audiencia inicial celebrada el 21 de marzo de 2018, se expuso la posición de la entidad demandada frente a los hechos y pretensiones de la demanda, así como sus razones de defensa, las cuales se fundamentan en el marco normativo de la prima de prima de riesgo y reiterando que la misma no constituye factor salarial por disposición normativa expresa.

Frente a los oficios demandados enfatiza en que gozan de presunción de legalidad y señala que sólo son actos de mera comunicación que no constituyen actos administrativos, por cuanto a la entidad le era imposible reconocer el derecho reclamado por los demandantes por carecer de competencia para ello, pues tales solicitudes debieron hacerse o iniciarse antes de la extinción del DAS quien era el respectivo empleador de los aquí actores.

Afirma que los demandantes pretenden el restablecimiento de un derecho que nunca ha nacido a la vida jurídica y tampoco es posible que nazca, toda vez que entre la demandada y los actores no existió ni ha existido relación laboral alguna, por ende la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni es la entidad competente para concluir con procedimientos administrativos del extinto DAS, el cual debieron haberse iniciado antes de la supresión de esta entidad que era el empleador natural de los demandantes.

1.3. Actuación Procesal:

Con auto del 18 de abril de 2016², se admitió la presente demanda, ordenando notificar a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado como entidad demandada y al Ministerio Público. Vencido el término de traslado respectivo, se procedió a fijar fecha para la celebración de la audiencia inicial a que hace referencia el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se celebró el día 21 de marzo de 2018³, adelantando las etapas correspondientes al saneamiento del proceso, decisión de excepciones, fijación del litigio, conciliación, resolución de medidas cautelares, fue decretado el recaudo de las pruebas necesarias en esta controversia, se escucharon los alegatos de conclusión y se indicó que la sentencia se dictaría por escrito.

1.4. Alegatos de conclusión

² Ver folios 83-84 del expediente.

³ Ver folios 195-196 del expediente.

Tal y como consta en el Acta de la audiencia inicial celebrada el 21 de marzo de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos (fls. 195-196), derecho del cual hicieron uso las partes quienes reiterando los argumentos expuesto en la demanda y en la contestación de la demanda respectivamente.

1.5. Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL JUZGADO PARA DECIDIR

2.1. De la competencia.

Conforme lo previsto en el artículo 115 numeral 2) de la Ley 1437 de 2011, los juzgados administrativos son competentes para conocer en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando la cuantía no exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así las cosas, este Despacho es competente para conocer del presente asunto, atendiendo a que al momento de presentar la demanda, las pretensiones ascendían a \$25.130.086 pesos.

2.2. Cumplimiento de presupuestos procesales y de la demanda en el presente caso.

2.2.1. De la acción ejercida en el presente caso y la causal de anulación propuesta.

La parte demandante presentó la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual como es sabido se encuentra regulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en donde se permite que la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca el derecho. Además, hace parte de los mecanismos de control judicial de la actividad de la administración, a fin de que ésta en su accionar se ajuste al principio de legalidad.

En consecuencia, en el presente caso se ha ejercido el medio de control contencioso procedente, dado que se ha presentado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en contra de un acto particular y concreto a través del cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, negó las pretensiones de los señores Leonel Carvajalino Villamizar y Uriel de Jesús Serrano Rodríguez respecto de la petición de reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994. Por su parte en el artículo 137 *ibídem*, se regulan las causales de anulación de los actos administrativos, entre las que se encuentra: “*cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse*”, argumentos con los cuales se fundamenta la causal que se refiere en la demanda cuando se citan las normas violadas y se expone su concepto de violación.

2.2.2. Presunción de legalidad de los actos administrativos.

Importa también recordar que uno de los atributos de los actos administrativos es gozar de la presunción de legalidad⁴, de tal suerte que le corresponde a la parte que alega la ilegalidad de un acto administrativo, entrar a desvirtuar dicha presunción probando que se configuró alguna de las causales de ilegalidad, antes de la expedición del acto o al momento mismo de que se profiere. Dicha presunción de legalidad encuentra soporte en lo regulado en varios preceptos de la Constitución, como son el artículo 6, 121, 122, y en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, que señala que los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.2.3. Naturaleza del acto demandado en el presente caso.

Conforme lo narrado en esta providencia en el presente caso se demanda la nulidad de los Oficios 20141050086371 y 20141050087581 del 22 y 26 de diciembre de 2014 respectivamente, expedidos por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio de los cuales negó la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por los demandantes. Original de dichos actos obra a folios 34 y 35 del expediente.

Los actos demandados son de carácter particular y concreto, pues contienen la decisión de negar un derecho reclamado por los señores Leonel Carvajalino Villamizar y Uriel de Jesús Serrano Rodríguez, por lo tanto éstos se encontraban legitimados para instaurar en contra de los mismos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contenido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

2.2.4. Cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción.

El Juzgado encuentra que en el presente caso se cumplen todos los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como pasa a verificarse: (i) De una parte no existe caducidad de la acción respecto de los oficios acusados en tanto que los mismos fueron expedidos el 22 y 26 de diciembre de 2014 (fls.34 y 35), respecto de los cuales la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial el día 22 de abril de 2015, faltándole 1 día para el primero y 5 días para el segundo, para que se cumplieran los 4 meses dispuestos por el artículo 164 numeral 2 literal c) de la Ley 1437 de 2011 para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interrumpiendo así el término de caducidad hasta el 14 de julio de 2015, fecha en que fue declarada fallida la conciliación prejudicial (fls.61-62), y la demanda fue presentada el día 14 de julio de 2015 (fls. 23 y 64), es decir, dentro de la oportunidad legal; (ii) de otra parte y como quiera que en los actos demandados no se le indicó a la parte accionante si procedía algún recurso, se entiende agotada la sede administrativa, es por lo que la actora quedó habilitada para acudir directamente en demanda de dicho acto, (iii) este juzgado es competente para decidir el presente conflicto, tal como se explicó en el numeral (2.1.), por lo que

⁴ Al respecto puede consultarse lo dicho por el profesor Luis Eduardo Berrocal Guerrero, en su obra Manual del Acto Administrativo, Segunda Edición, Edición del Profesional Ltda., página 69 y ss.

también se cumplió con el presupuesto del Juez competente y finalmente (iv) se cumplió el requisito de la demanda en forma, razón por la cual la demanda fue admitida por este Juzgado el día 18 de abril de 2016 (fls.83-84).

2.3. Cuestión previa: Modificación de la tesis sostenida en relación con el asunto estudiado

Previo a resolver de fondo el presente asunto, este Despacho se permite señalar que a partir de esta providencia modificará la tesis que hasta este momento se venía sosteniendo en sentencias anteriores proferidas en casos con similitud fáctica y jurídica al caso que hoy nos ocupa.

Sobre el particular importante resulta precisar que la Corte Constitucional⁵ ha señalado que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición.

Para ello se deberá cumplir con **i) el requisito de transparencia**, según el cual, en la providencia se haga una referencia expresa al precedente conforme al cual el superior funcional o el propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia”; y **(ii) el requisito de suficiencia**, en el sentido de exponer razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del nuevo caso que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta aplicable, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo.

En el caso de estudio, este Despacho sustenta el cambio de posición teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

(i) Frente al requisito de transparencia, resulta preciso señalar que este Juzgado, teniendo en cuenta que no existía precedente alguno relacionado específicamente con la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, en las sentencias proferidas el pasado 23 de febrero de 2016, en los procesos radicados 54-001-33-33-005-2013-00064-00 Demandante: YIOMAR ROLDÁN HERNÁNDEZ RAMOS y 54-001-33-33-005-2013-00068-00 Demandante: NIDIA INÉS ROJAS SUÁREZ, y demandado la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS Suprimido, venía sosteniendo la tesis que no es procedente incluir la prima especial de riesgo como factor salarial en la liquidación de las prestaciones sociales del demandante, por cuanto si bien su cancelación fue habitual y periódica, ésta no constituye un ingreso recibido por el trabajador como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el riesgo asumido en desarrollo de las funciones peligrosas desempeñadas.

⁵ T-446 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, tesis reiterada en la T-011 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Además, se dijo que si bien el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha determinado que la prima de riesgo constituye factor salarial para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez, de ninguna forma es posible que bajo la misma consideración sea reconocida como factor salarial para quienes se encuentran en servicio, pues se trata de situaciones fáctica y jurídicamente diferentes, lo que llevó en aquella oportunidad a negar las pretensiones de las demandas presentadas.

(ii) Frente al requisito de suficiencia, es necesario indicar que, a partir de esta providencia, se reconsidera dicha posición y se plantea una interpretación más favorable de las normas y principios constitucionales aplicables al caso, en beneficio de los accionantes, aun cuando a la fecha tampoco ha habido sentencia alguna en la cual los superiores jerárquicos se hayan pronunciado acerca del alcance que tiene la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los ex empleados del DAS, sino que se ha referido exclusivamente al carácter de factor salarial para la liquidación de la pensión.

Lo anterior tiene su fundamento en los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, favorabilidad laboral y condición más beneficiosa para el trabajador, bajo el amparo de los artículos 53, 58 y 93 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 1 del Convenio 095 de la OIT, pues tal y como se indicó en precedencia, vale la pena replantear la tesis sostenida con anterioridad por este Juzgado, para dotar de mayor eficacia los derechos laborales del accionante, pues para el Despacho la prima de riesgo en efecto sí constituye factor salarial, toda vez que las características de su génesis, causa y objeto, son propias del concepto de salario, como se explicará en los argumentos que se expondrán al resolver el presente caso.

2.4. Problema jurídico:

Tal como se determinó en la fijación del litigio y de conformidad con el recuento hecho anteriormente en el acápite de los antecedentes, estima el Juzgado que el problema jurídico a resolver se contrae a lo siguiente:

Determinar si los demandantes en su calidad de ex servidores 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 por considerarse contraprestación directa del servicio que prestaron o si por el contrario los Oficios 20141050086371 y 20141050087581 del 22 y 26 de diciembre de 2014 respectivamente, expedidos por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se encuentran ajustados a derecho.

2.4. Tesis del Despacho:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, el Despacho considera que en aquellos casos en que los ex empleados del DAS

devengaron la prima de riesgo, es procedente inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto dispone que no constituye factor salarial, por ser contrario a los principios constitucionales de 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. También es contrario al artículo 1 del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario (que hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución), al Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relativas al salario.

Así pues, en virtud de la inaplicación del artículo 4 del decreto 2646 de 1994 y bajo el amparo de los principios constitucionales de favorabilidad laboral y condición más beneficiosa para el trabajador, es procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes en su condición de ex empleados del DAS con la inclusión del factor salarial prima de riesgo, si se tiene en cuenta que los Decretos 1933 de 1989 y 1045 de 1978 no consagran un listado taxativo de factores salariales de liquidación, sin perjuicio de la prescripción trienal de que tratan los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de los actos administrativos acusados y como restablecimiento del derecho se ordenará a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que reconozca y pague a los señores Leonel Carvajalino Villamizar y Uriel de Jesús Serrano Rodríguez, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en las peticiones radicadas el 11 y 17 de diciembre de 2014, dejados de percibir por el señor Leonel Carvajalino Villamizar desde el 11 diciembre de 2011, por la configuración del fenómeno prescriptivo, hasta el 2 de julio de 2014 fecha de su desvinculación, y los dejados de percibir por el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez desde el 17 diciembre de 2011, por la configuración del fenómeno prescriptivo, hasta el 30 de abril de 2014 fecha de su desvinculación, en ambos casos tomando en cuenta el salario base incluyendo en dicho cómputo la denominada prima de riesgo.

Igualmente, se declararán prescritas las sumas reclamadas con anterioridad al 10 y 16 diciembre de 2011 inclusive, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 108 del Decreto 1848 de 1969, y no habrá condena en costas teniendo en cuenta que no se encuentra probada su causación.

2.5. Argumentos que sostienen la decisión que se toma.

2.5.1. Marco normativo relacionado con la prima de riesgo

- **Decreto 1933 de 1989**, “Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, en su artículo 4º creó la prima de riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, quienes

tendrían derecho a percibir mensualmente esta prestación equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica, indicando que esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público.

- **Decreto 132 de 1994**, otorgó la prima de riesgo a los servidores públicos que prestan el servicio de conducción a Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, sin carácter salarial.
- El **Decreto 1137 de 1994**, creó la “prima especial de riesgo” permanente para los empleados del DAS que desempeñaran entre otros el cargo de Detective especializado, sin carácter salarial.
- El **Decreto 2646 de 1994**, estableció dicha prestación para los empleados del DAS y aumentó su monto de al 35% de la asignación básica mensual, sin carácter salarial.

Es claro que la prima de riesgo fue inicialmente concebida para un determinado grupo de funcionarios, la que mediante el desarrollo normativo posterior, fue ampliada hasta llegar a beneficiar a todos los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, cancelada en forma habitual y periódica y como contraprestación directa de labores de alto riesgo que cumplían.

2.5.2. Concepto de salario y factor salarial

La Constitución Política de 1991 en su artículo 53 dispone que todos los trabajadores del territorio nacional, tienen derecho a percibir una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, de ahí que con base en criterios como la igualdad, dignidad y equidad, se pueda establecer con meridiana claridad la definición y alcance del concepto de salario, el cual no se agota en las normas de carácter nacional, puesto que el mencionado artículo constitucional, también establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, en concordancia con lo consagrado en el artículo 93 *ibídem*.

Ahora bien, el Código Sustantivo del Trabajo⁶ en su artículo 127 (modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990), dispone 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 directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

En el sector público el Decreto Ley 1042 de 1978 señaló en su artículo 45 que salario es toda suma *“que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”*

⁶ Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950

Dentro de los tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia, que hacen parte del derecho interno e incluso forman parte del bloque de constitucionalidad⁷, se encuentra el Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 54 de 1992, en cuyo artículo 1º, establece lo siguiente:

“A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado en concepto de fecha 10 de agosto de 2006, proferido dentro del proceso de radicado número: 11001-03-06-000-2006-00070-00(1760), precisó que:

“en términos generales, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”.”

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia SU-995 de 1999, dijo que el concepto de salario integra:

“todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.”

En consecuencia, en cumplimiento de lo señalado en los artículos 53 y 93 de la Constitución, el alcance del concepto de salario en las normas que regulan o establecen sus componentes, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en las normas de la Constitución y del Convenio 095 de la OIT ratificado por Colombia, según las cuales el término salario comprende toda remuneración en dinero o especie que el trabajador percibe o debe percibir como contraprestación del servicio que prestó al empleador, independiente de la denominación que se le dé.

2.5.3. Liquidación de prestaciones sociales en el régimen del DAS

El régimen prestacional especial de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, se reguló a través del Decreto 1933 de 1994, en cuyo capítulo I (Prestaciones comunes - artículo 1º) dispuso que dichos servidores tendrían derecho a las prestaciones sociales señaladas en ese estatuto, y además, a las *“previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos*

⁷ Sentencia SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan ...”

En el capítulo II estableció las primas especiales en favor de determinados servidores públicos en consideración al cargo y funciones que desempeñaban. Las primas especiales son las siguientes: prima de orden público (artículo 2); prima de clima (artículo 3); prima de riesgo (artículo 4); y prima de instalación (artículo 5).

En el capítulo III se consagraron las bonificaciones especiales por comisión de estudio y comisión de servicios y en el capítulo IV se reguló la prima de vacaciones.

En el capítulo VII (disposiciones varias), enlista los factores salariales que componen la base de liquidación de las primas de navidad y vacaciones, el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

De igual modo, el decreto 1045 de 1978, aplicable a los empleados del DAS conforme lo señalado en el artículo 1 del Decreto 1933 de 1989, también establece 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 (artículo 45), regulación que es similar a la dispuesta en el Decreto 1933 de 1989.

Sobre la interpretación del contenido y alcance del artículo 45 del decreto 1045 de 1978, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sido pacífica al señalar que dicha norma *“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.”*⁸, tesis que se ha venido aplicando cuando se trata de la liquidación de pensiones de jubilación sometidas a este régimen pensional.

En consecuencia, considera el Despacho que en virtud de los principios constitucionales de favorabilidad laboral, condición más beneficiosa para el trabajador, 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, es procedente interpretar que los listados de factores salariales dispuestos en los decretos 1933 de 1989 y 1045 de 1978, para efectos de liquidar las prestaciones sociales de los ex empleados del DAS, no son taxativos, sino enunciativos, de manera que permiten el cómputo de otros factores salariales, como la prima de riesgo, si es salario.

La anterior interpretación guarda coherencia jurídica con la noción y alcance del concepto de salario y la finalidad de las prestaciones sociales, las cuales deben

⁸ Véanse las siguientes sentencias: CE, S2A, Cp. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 7 de octubre de 2010. Radicación 0265-07 y CE, S2A, Cp. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez. **Sentencia de unificación** del 9 de julio de 2009. Radicación 0208-07.

En esa oportunidad se dijo: *“... Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”*

corresponder precisamente a ese nivel de ingresos ordinarios (salarial) de los trabajadores según lo ordenan los principios constitucionales mencionados.

2.6. Análisis del caso concreto

En el presente caso se pretende la nulidad de los oficios 20141050086371 y 20141050087581 del 22 y 26 de diciembre de 2014 respectivamente, mediante los cuales la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, negó la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por los demandantes en los períodos comprendidos del 12 de enero de 1994 al 2 de julio de 2014, en el caso del señor Leonel Carvajalino Villamizar y desde el 1 de abril de 1976 hasta el 30 de abril de 2014, en el caso del señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez.

En aras de establecer si la prima de riesgo constituye o no factor salarial para todos los efectos legales, resulta pertinente hacer una diferenciación entre los términos correspondientes a salario y prestaciones sociales.

Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto N° 1393 del 18 de julio de 2002, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, definió el alcance del término salario en el ámbito del sector público *“como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador”*, e hizo alusión a la definición de salario contenida en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en donde se resalta que *“constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”*

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, también ha adoptado una concepción muy similar del salario, al estimar 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 dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, 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 cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.” (Negritas fuera del texto).

Las prestaciones sociales, en los términos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2009, magistrado ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, se encuadran dentro de aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar.

Así, las prestaciones sociales constituyen pagos que el empleador hace al trabajador, directamente o por medio de las entidades de previsión o de seguridad social, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

Según lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de julio de 1985 y por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado con el número 839 del 21 de junio de 1996, con ponencia del consejero Javier Henao Hidrón, las prestaciones sociales se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ellas surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades. Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial.

En el caso del sector público, las normas legales se han ocupado de hacer mención expresa de los factores que integran el concepto salario, como lo ha hecho el Decreto 1042 de 1978, pero ello no implica que se trate de una lista taxativa de conceptos que desvirtúen la posibilidad de configurar otros que correspondan a las características de retribución directa de los servicios, como se desprende del concepto que de antiguamente la doctrina, la jurisprudencia, las normas legales internas y los convenios internacionales del trabajo, han destacado como propias de este elemento central de la relación laboral.

Se tiene entonces que el derecho colombiano asume un concepto de salario con características, alcances y grados de protección similares, independientemente del ámbito en el que opere la relación laboral. Se puede destacar que ese concepto se conforma por todo lo que recibe el trabajador o el empleado como contraprestación directa del servicio que presta a favor del empleador (Estado), independientemente de la manera como se le denomine.

En cuanto al concepto de prima, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 2 de abril de 2009⁹, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 7º del Decreto 618 de 2007, rectificó su jurisprudencia, considerando que cuando se habla de dicha prestación debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter adicional señalando:

⁹ CE, S2A. Cp. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Sentencia del 1 de agosto de 2013. Radicación interna 1831-07

“(...) la noción de prima como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo implican un aumento en su ingreso laboral, es así como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un plus en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia sea o no definido su carácter salarial, prestacional, o simplemente bonificadorio.

Por consiguiente la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público. (...)”

La prima de riesgo, tal y como se indica en cada una de las normas que la regulan, constituye un pago contemplado para el personal que en servicio asume efectivamente un riesgo excepcional, dada la naturaleza especial de la función que cumple al servicio del DAS.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en el proceso radicado interno 0070-11, señaló 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, y que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se advierte que la prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, sí goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a tal personal en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

En esa misma providencia el Alto Tribunal indicó que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del 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.

Frente a un asunto similar, el Consejo de Estado¹⁰ esclareció el carácter salarial de la prima especial en la Fiscalía General de la Nación, e indicó la procedencia de la reliquidación de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas:

“La Sección Segunda mediante sentencia del 4 de agosto 2010 rectificó y unificó la posición anterior, y sostuvo que el restablecimiento del derecho no podía limitarse a los años 1998, 1999 y 2001, sino que debía extenderse a los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001. Esto porque la consecuencia de la anulación de las normas que negaban el carácter salarial del 30% que percibían los funcionarios a título de prima especial, no es otra que la de incluir ese porcentaje en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades

¹⁰ CE, S2B. Cp. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 27 de enero de 2011. Radicación interna 0132-09

referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor”.

En este orden de ideas, habiéndose establecido una clara diferencia entre salario y prestación social, 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 social.

Bajo el amparo de los artículos 53, 58 y 93 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 1 del Convenio 095 de la OIT, el Despacho comparte la tesis de que la prima de riesgo en efecto sí constituye factor salarial, conforme expuso el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, toda vez que las características de su génesis, causa y objeto, son propias del concepto de salario. En efecto, es evidente que se trata de una remuneración legal, habitual y periódica (mensual), reconocida por el empleador (DAS), a sus trabajadores como contraprestación directa del servicio prestado en forma personal en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron vinculados (actividades de alto riesgo).

Es claro que no se trata de un pago esporádico u ocasional que provenga del mero arbitrio del empleador, ajeno a la prestación del servicio para el cual se vinculó a tales servidores públicos. Por el contrario, el reconocimiento y pago de la prima de riesgo a favor de los empleados, deviene como consecuencia jurídica inmediata y obligada para el empleador ante el ejercicio de las actividades que la propia ley determina como merecedoras de esa remuneración, esto es, que sí constituye una remuneración directa por la prestación del servicio en actividades de alto riesgo.

El anterior planteamiento guarda relación con el pronunciamiento que hizo la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren en sentencia del 7 de abril de 2011, dentro del proceso radicado interno 0953 – 2010, en donde señaló:

“La prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios –entre esos los detectives del D.A.S.- 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”.

Finalmente teniendo en cuenta el principio a la igualdad consagrado tanto en el Preámbulo como en los artículos 13 y 53 de la Carta, y en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo (*a trabajo igual, salario igual*), es preciso anotar que el demandante tiene derecho a que se aplique el mismo criterio establecido para los servidores relacionados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a quienes se les paga integralmente su salario y sus prestaciones sociales si reducción alguna.

Así pues, para el caso que nos ocupa, con la prueba documental obrante en el expediente, advierte el Despacho que el señor Leonel Carvajalino Villamizar laboró en el DAS desde el 12 de enero de 1994 hasta el 2 de julio de 2014 y el último cargo desempeñado fue el de Guardián 214-05, asignado al Grupo Interno de Trabajo

Costa Caribe, Seccional Norte de Santander y el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez laboró en la misma entidad desde el 1 de abril de 1976 hasta el 30 de abril de 2014 y el último cargo desempeñado fue el de Guardián 214-06, asignado al Grupo Interno de Trabajo Costa Caribe, Seccional Norte de Santander, según se desprende de las certificaciones laborales expedidas por la Coordinadora de Gestión Humana del Archivo General de la Nación, vistas a folios 48, 55, 72, 73, 74, 81, 82, 163 y 178 del plenario.

Ahora bien, con la constancia expedida por la Tesorera – Pagadora del Archivo General de la Nación queda demostrado que el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez desde el 1 de enero de 2004 hasta el 2 de julio de 2014, según folios 164 a 174 y el señor Leonel Carvajalino Villamizar desde el 1 de enero de 2004 al 30 de abril de 2014, según folios 181 a 191, percibieron como pago mensual, permanente y habitual, en retribución de sus servicios, un concepto denominado prima especial de riesgo correspondiente al 30% de la asignación básica mensual, por tanto, este Despacho considera que el referido rubro debe tenerse como factor salarial que debe ser incluido al momento de liquidar sus prestaciones sociales.

El señor Leonel Carvajalino Villamizar, mediante escrito radicado el 11 de diciembre de 2014, y el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez en escrito radicado el 17 de diciembre de 2014, solicitaron a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación, tal como se verifica con los derechos de petición obrantes a folios 29 al 31 del expediente.

En razón de tales peticiones, el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de los oficios 20141050086371 y 20141050087581 del 22 y 26 de diciembre de 2014 respectivamente, vistos a folios 34 a 36 del plenario, respondió de manera negativa la solicitud de reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial que debía ser tenido en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, con fundamento en que las normas que regulan ese factor, establecen en forma expresa que no constituye salario, oficios que constituyen precisamente los actos administrativos demandados.

Con base en los documentos referidos, está probado entonces que los demandantes, en calidad de empleados públicos del extinto DAS devengaron mensualmente (habitual y periódicamente) la prima especial de riesgo en cuantía del 30%, establecida en el Decreto 2646 de 1994, como retribución directa por los servicios prestados en los cargos de Guardián 214-05 el señor Leonel Carvajalino Villamizar y Guardián 214-06 el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez, y que la entidad empleadora liquidó las prestaciones sociales sin incluir la prima de riesgo como factor salarial de liquidación.

Por lo tanto, se advierte que los actos administrativos demandados por medio de los cuales se negó la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación, son contrarios a las normas constitucionales y legales que reglan el concepto de salario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado citada anteriormente.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política, es procedente en el caso concreto inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto dispone que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por ser contrario a los principios constitucionales de 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. También porque dicha norma es contraria al artículo 1 del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario (que hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución), al Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relativas al salario, como se indicó en precedencia.

Corolario de la inaplicación del artículo 4 del decreto 2646 de 1994 y bajo el amparo de los principios constitucionales de favorabilidad laboral y condición más beneficiosa para el trabajador, es procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los ex empleados del DAS que hoy fungen como demandantes, con la inclusión del factor salarial prima de riesgo, si se tiene en cuenta que los Decretos 1933 de 1989 y 1045 de 1978, no consagran un listado taxativo de factores salariales de liquidación, claro está, sin perjuicio de la prescripción trienal de que tratan los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Por lo tanto, se debe ordenar a la entidad demandada, reliquidar las prestaciones sociales de los demandantes, con la inclusión de la prima de riesgo del 30% como factor salarial de liquidación, en el caso del señor Leonel Carvajalino Villamizar hasta el 2 de julio de 2014, fecha hasta la cual estuvo vinculado con el DAS, y en el caso del señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez hasta el 30 de abril de 2014, fecha en que fue retirado definitivamente del servicio por haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación, según consta en la Resolución N° 0075 del 31 de marzo de 2014, que reposa en el folio 161 y vuelto del expediente.

Igualmente se debe ordenar a la entidad demandada efectuar los aportes con destino a la seguridad social a favor de los demandantes, sobre la prima de riesgo, durante todo el tiempo de la relación laboral en que ellos la devengaron y en caso de que no se hubieren hecho tales cotizaciones.

De las diferencias que resulten a favor de los demandantes, la entidad demandada deberá descontar los valores correspondientes al porcentaje que por disposición legal están a cargo de los empleados, por todo el tiempo de la relación laboral en que devengaron dicho factor, actualizados a valor presente, de conformidad con la orientación impartida por el Consejo de Estado¹¹ y en cumplimiento a lo señalado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución.

Las sumas reconocidas, deben ser actualizadas mes a mes, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificada por el DANE, desde la fecha en que debió

¹¹ Sentencia del 05 de junio de 2014, Con Ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proferida dentro del expediente con radicado No. 25000-23-25-000-2012-00190-01 (0628-2013).

hacerse cada pago, hasta la fecha en que quede en firme la presente providencia, utilizando la fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde (R) que es la renta actualizada, resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que es la diferencia que resulta luego de hacer la comparación entre lo efectivamente pagado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS SUPRIMIDO) y el mayor valor que resulta de la reliquidación incluyendo la prima especial de riesgo como factor salarial; por el guarismo resultante de dividir el índice final (If) de precios al consumidor certificado por el DANE, por el Índice inicial (Ii).

2.7. De la prescripción

De conformidad con lo establecido en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 108 del Decreto 1848 de 1969, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

Si bien es cierto los derechos prestacionales no prescriben, también lo es que las sumas de dinero correspondiente a su pago sí. No queda duda que el término en que se configura la prescripción es de 3 años contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, y que ésta se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual, esto es 3 años contados a partir de la fecha de reclamación.

En razón a que la prima de riesgo como factor salarial se hizo exigible desde la fecha en que se reconoció y pagó a los demandantes (enero de 2004 según las certificaciones vistas a folios 164-174 y 181-191) y que la reclamación de reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación se presentó el 11 de diciembre de 2014 para el señor Leonel Carvajalino Villamizar y el 17 de diciembre de 2014 para el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez, se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas anteriores al 11 y 17 de diciembre de 2011, respectivamente.

Por lo tanto se ordenará el pago de las diferencias causadas con ocasión de la reliquidación de las prestaciones sociales para el señor Leonel Carvajalino Villamizar a partir del 11 de diciembre de 2011 hasta el 2 de julio de 2014, y para el señor Uriel de Jesús Serrano Rodríguez desde el 17 de diciembre de 2011 hasta el 30 de abril de 2014, por prescripción trienal.

2.8. Los intereses

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2.9. El cumplimiento de la decisión judicial

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Tal acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en sede administrativa, para resolver en cuanto sea posible las diferencias que puedan resultar.

2.10. Costas

En cuanto respecta a este tema, es del caso señalar que este Despacho acoge la tesis expuesta por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado en Sentencia del 23 de marzo de 2017 dentro del proceso radicado N° 76001 23 33 000 2013 00130 01 (3649 2016), con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en cuanto a la interpretación que debe dársele al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa de la precitada norma, se abstiene de condenar en costas a la parte vencida, en este caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, teniendo en cuenta que no se encuentra probada su causación.

En merito a lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios 20141050086371 del 22 de diciembre de 2014 y 20141050087581 del 26 de diciembre de 2014, expedidos por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio de los cuales negó la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por los demandantes, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho:

(A) Condénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a que **efectúe la reliquidación** de todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición del 11 de diciembre de 2014, a favor del señor **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR**, identificado con la C.C. N° 13.498.299 de Cúcuta, a partir de enero de 2004 hasta el 2 de julio de 2014, fecha de su desvinculación, tomando en cuenta el salario base e incluyendo en el cómputo la denominada prima de riesgo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

(B) Condénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a que **efectúe la reliquidación** de todos los conceptos salariales y prestacionales

relacionados en la petición del 17 de diciembre de 2014, a favor del señor **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ**, identificado con la C.C. N° 19.213.604 de Bogotá, a partir enero de 2004 hasta el 30 de abril de 2014, fecha de su desvinculación, tomando en cuenta el salario base e incluyendo en el cómputo la denominada prima de riesgo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

(C) Condénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica a reconocerle y pagarle al señor **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR**, identificado con la C.C. N° 13.498.299 de Cúcuta, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir, a partir del 11 de diciembre de 2011, en razón de la prescripción trienal, hasta el 2 de julio de 2014, fecha de su desvinculación, debidamente indexadas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, según la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, tomando en cuenta el salario base e incluyendo en el cómputo la denominada Prima de Riesgo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

(D) Condénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica a reconocerle y pagarle al señor **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ**, identificado con la C.C. N° 19.213.604 de Bogotá, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir, a partir del 17 de diciembre de 2011, en razón de la prescripción trienal, hasta el 30 de abril de 2014, fecha de su desvinculación, debidamente indexadas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, según la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, tomando en cuenta el salario base e incluyendo en el cómputo la denominada Prima de Riesgo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

(E) La Agencia Nacional de Defensa Jurídica efectuará los aportes con destino a la seguridad social a favor de los demandantes, sobre la prima de riesgo, durante todo el tiempo de la relación laboral en que ellos la devengaron y en caso de que no se hubieren hecho tales cotizaciones.

De las diferencias que resulten a favor de los demandantes, la entidad demandada deberá descontar los valores correspondientes al porcentaje que por disposición legal están a cargo de los empleados, por todo el tiempo de la relación laboral en que devengaron dicho factor, actualizados a valor presente, de conformidad con la orientación impartida por el Consejo de Estado y en cumplimiento a lo señalado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución.

(F) La Agencia Nacional de Defensa Jurídica pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto se den los supuestos de hecho allí determinados.

TERCERO.- Declárese probada de oficio la excepción de prescripción de las sumas reclamadas, con anterioridad al **10 y 16 de diciembre de 2011 inclusive**, conforme al análisis realizado en la parte motiva.

CUARTO.- Sin condena en costas, de acuerdo con las razones antes enunciadas.

QUINTO.- Ordénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica que **dé cumplimiento** dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, profiriendo un acto que se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en la forma mencionada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- Ordénese a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica que **acredite** ante este Despacho el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia.

SÉPTIMO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello. Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **Archívese** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JENNY LIZETH JAIMES GRIMALDOS
Juez.-