REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-33-002-2014-00053-00
DEMANDANTE : LUIS HENRY GONZALEZ ORTEGA
DEMANDA : FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

El Suscrito Secretario del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda y reforma por la parte de las entidades demandadas DAS EN SUPRESION (FOLIOS 51-66), por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co. Hoy cuatro (04) de marzo de dos mil quince (2015).

EMPIEZA TRASLADO : 04 DE MARZO DE 2015 A LAS 8:00 A.M.
VENCE TRASLADO : 06 DE MARZO DE 2015 A LAS 5:00 P.M.

RICARDO AUGUSTO PEÑA SIERRA
Secretario Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

Consejo Superior de la Judicatura

51

REPUBLICA DE COLOMBIA.

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" EN SUPRESION.

Cartagena de Indias, 10 de junio de 2014.

Doctor.
FRANCISCO JAVIER VIDES REDONDO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA - BOLIVAR
E. S. D.

Fol. 21

RECIBIDO 12 JUN 2014

Radicación: 13-001-33-33-002-2014-00053-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: LUIS HENRY GONZALEZ ORTEGA
Demandado: DAS EN SUPRESION

I. CONTESTACION DE DEMANDA.

PEDRO ROMERO RINCON, mayor de edad, vecino de esta ciudad, portador de la cédula de ciudadanía No.9.282.61 de Turbaco y T.P.No.41.8913 del CSJ, actuando en mi calidad de Representante Judicial del DEPARTAMENO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS EN SUPRESION", a usted con mi usual reverencia me presento, con el designio de DESCORRER el traslado de la Demanda, incoada por el señor (a) LUIS HENRY GONZALEZ ORTEGA, con fundamento en las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas:

II. **SOBRE LOS HECHOS:**

AL PRIMER HECHO: Es cierto, sin embargo, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

AL SEGUNDO HECHO: Es cierto, sin embargo, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

AL TERCER HECHO: Es cierto, sin embargo nos atenemos a lo que se pruebe dentro del proceso.

AL CUARTO HECHO: Es cierto, en cuanto las normas referentes establecieron la prima de riesgo para algunos funcionarios del DAS.

AL QUINTO HECHO: Es cierto, a los funcionarios que tenían derecho a percibir la prima de riesgo, que se les cancelaba mensualmente.

52
2

AL SEXTO HECHO: No es cierto, la mencionada prima de riesgo, no constituye factor salarial como lo veremos posteriormente.

AL SEPTIMO HECHO: Es cierto en cuanto a lo establecido en el mencionado Decreto 2646 de 1994, sin embargo, el mismo no desconoce ningún derecho adquirido.

AL OCTAVO HECHO: Es cierto, el demandante percibió dicha prima de riesgo, sin embargo ello no la constituye como factor salarial, para liquidar las prestaciones sociales, por expresa prohibición de la Ley y de los precedentes judiciales.

AL NOVENO HECHO: No es un hecho, es la transcripción del art. 13 del decreto 1932 de 1989.

AL DECIMO HECHO: Si es cierto, si se le pagaba dicha prima de riesgo al demandante.

AL DECIMO PRIMER HECHO: No es un hecho, es una apreciación personal del colega demandante.

AL DECIMO SEGUNDO HECHO: Es cierto en parte, ya que no se aplica para este caso particular y concreto.

AL DECIMO TERCER HECHO: No es un hecho, Es una apreciación personal del colega.

AL DECIMO CUARTO HECHO: No es un hecho, Es una apreciación personal del colega.

AL DECIMO QUINTO HECHO: sobre la primera parte del hecho, así lo determinó dicha norma y efectivamente el Demandante, recibió lo consignado por la Demandada.

AL DECIMO SEXTO HECHO: Es cierto, existió la reclamación, la cual fue negada por expreso mandamiento legal y judicial.

AL DECIMO SEPTIMO HECHO: Es cierto, tal como se puntualizó en el numeral anterior, la misma le fue negada.

AL DECIMO OCTAVO HECHO: No es un hecho, nos relevamos de contestar.

III. SOBRE LAS PRETENSIONES:

Nos oponemos a todas y cada una de ellas, teniendo en cuenta que las mismas no poseen asidero jurídico, como lo veremos más adelante.

Además de lo anterior, el acto administrativo en virtud del cual se pide su nulidad, numerado E-2310, 18-201318079, no es un acto definitivo, ni es de aquellos contra los cuales se pueda accionar por vía administrativa.

IV. FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE LA DEFENSA:

El Decreto 2646 de 1994, dispuso en su artículo 1º:

"Los empleados que desempeñen cargos de detective especializado profesional o agente, criminalistica especializado, profesional o técnico y los conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al 35% de su asignación básica mensual".

Pero ese mismo Decreto 2646 de 1994, antes mencionado, también dispuso en su artículo 4, lo siguiente:

"La prima a que se refiere el presente decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994".

De la misma forma, el Decreto 132 de 1994, a que se refiere las normas antes descrita establece en su artículo 1°:

"Artículo 1°: Los servidores públicos que prestan los servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, **la cual no tendrá carácter salarial"**.

Como se ha podido analizar, las normas antes transcritas, son diáfanas, al establecer que la prima de riesgo reclamada, no constituya factor salarial y cuando la ley es clara no se podrá entrar a interpretarla so pretexto de consultar su espíritu (Art. 27 CC.).

Ahora bien, tal parece, que el Demandante, su reclamación la fundamenta, en cuanto a que, según su personal apreciación, el salario está constituido "no solo por 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 de las formas de denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del día de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones...(...)...además del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornadas nocturnas...(...)...".

V. FACTORES SALARIALES Y PRIMA DE RIESGO.

Partiendo de la jurisprudencia C-279 de 1996, se indica que el legislador tiene cierta autonomía y libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario, siendo una facultad entregada por norma superior; lógicamente sin desconocer los preceptos relacionados en la ley marco y en el Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior para concluir la Corte Constitucional con que:

*"(...) **El considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta***

de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional. *(...)"*[25]. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Es así como ante la emisión de los distintos decretos por parte del Presidente de la República relacionados con el reconocimiento y pago de la prima de riesgo, lo que está haciendo es desarrollando la Constitución Política y su ley marco y demás normas reglamentarias. **La consideración explícita sobre si la prima de riesgo es o no factor salarial constituye un pronunciamiento y decisión legítima de quien tiene facultad para tomarla y no desconoce los principios superiores en materia laboral de los trabajadores.**

Lo cierto es que en atención a la vigencia de la normatividad lo que existió durante todo el tiempo de vinculación del accionante LUIS ANTONIO RAMOS JOYA con el D.A.S. desde el 4 de mayo de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2011 (Como lo indica en el hecho 1 de la demanda), fue el no reconocimiento explícito de la prima de riesgo como factor salarial, acorde a la autonomía del Presidente de la República para definirla así.

- Decreto 1933 de 1989, Artículo 4. El cual no se pronuncia sobre el carácter salarial de la prima creada, pero por ello no puede entenderse que si lo es. Artículo derogado por el artículo 5 del Decreto 2646 de 1994.
- Decreto 132 de 1994, Artículo 1. *"(...) tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual,* ***la cual no tendrá carácter salarial.*** *(...)"* (Negrilla fuera de texto). Este decreto fue derogado por el artículo 18 del Decreto 25 de 1995.
- Decreto 1137 de 1994, Artículo 1. *"(...) tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.****Esta prima no constituye factor salarial*** *(...)"* (Negrilla fuera de texto). Decreto derogado por el artículo 5 del Decreto 2646 de 1994.
- Decreto 2646 de 1994, 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. (...)"* (Negrilla fuera de texto). Decreto y norma vigente.

Así lo ha dispuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando tajantemente ha indicado que la prima de riesgo no es factor salarial.

- Sentencia del 15 de febrero de 2007. Consejero Ponente Jaime Moreno García. Radicado **25000-23-25-000-2001-03325-01(3940-05).**
- Sentencia del 15 de febrero de 2007. Consejero Ponente Jaime Moreno García. Radicado **25000-23-25-000-2003-06865-01(3785-05).**
- Sentencia del 15 de marzo de 2007. Consejero Ponente Bertha Lucía Ramirez de Paez. Radicado **25000-23-25-000-2002-03560-01(1741-05).**
- Sentencia del 17 de mayo de 2007. Consejero Ponente Bertha Lucía Ramirez de Paez. Radicado **73001-23-31-000-2004-00795-01(6526-05).** *"(...)****No se ordenará la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación***

[25] **CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-279 del 24 de junio de 1996. Conjuez Ponente Hugo Palacios Mejía.**

de la pensión porque, de conformidad con lo consagrado por el Decreto 2646 de 1994, tal prestación no constituye factor salarial. *(...)*". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- Sentencia del 28 de junio de 2007. Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado. Radicado **25000-23-25-000-2003-09101-01(8438-05).**
- Sentencia del 4 de octubre de 2007. Consejero Ponente Bertha Lucia Ramirez de Paez. Radicado **25000-23-25-000-2003-1688-01(8439-05).** *"(...)* ***No se ordenará la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de la pensión porque, de conformidad con lo consagrado por el Decreto 2646 de 1994, tal prestación no constituye factor salarial.*** *(...)*". (Subrayado y negrilla fuera de etxto).
- Sentencia del 27 de mayo de 2010. Consejero Ponente Victor Hernando Alvarado Ardila. Radicado **25000-23-25-000-2002-90242-01(0238-08)**

Queda entonces 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 contemplen.

VI. SOBRE LA LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA:

En un ensayo denominado "Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes", escrito por los catedráticos Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala, sobre este tema, esto dijeron en algunos de sus apartes:

"La Constitución faculta al Poder Legislativo a emitir las leyes necesarias para regular la conducta de los particulares y de los poderes públicos dentro del Estado.
"A la ley, por ende, se le encomiendan las decisiones básicas que han de actuar los principios constitucionales y la ordenación fundamental de la sociedad y del Estado, en un momento histórico determinado".

"La ley que es acorde a la Constitución cuenta con una particular legitimidad, derivada del hecho de que a través de ella se expresa la voluntad de la propia comunidad, de que es, en cierto sentido, una autodisposición de la sociedad sobre sí misma".

"Desde esa perspectiva, la ley presenta un poder innovativo completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores, habida cuenta que representa la voluntad de la comunidad política del tiempo presente".

"De ahí que la ley sea la fuente de sustitución por excelencia; de ruptura de la regulación jurídica antigua por derecho nuevo; todo ello sustentado en la intervención de la generación política del presente, del aquí y ahora.

Un principio esencial del constitucionalismo contemporáneo es la libertad, la democracia y el pluralismo; conceptos que implican necesariamente un sistema jurídico esencialmente abierto".

"En ese orden de ideas, si bien es verdad que la ley ha de producirse de una manera acorde a la Constitución, lo cierto es que —dentro de ese contexto— el legislador actúa con plena libertad de configuración, lo que no puede ser equiparado a una mera discrecionalidad administrativa, sino a una auténtica libertad política de realización de contenidos normativos"

"La libertad de configuración de las leyes a cargo del legislador se pone de manifiesto en el hecho consistente en que —con una misma Constitución— pueden emitirse normas secundarias de contenido político completamente diferente e inclusive antagónico".

"Esa libertad de configuración legislativa conlleva la posibilidad —para el Poder Legislativo— de reemplazar las leyes antiguas por leyes nuevas, tomando en cuenta que es imprescindible adaptar gradualmente el derecho a las nuevas exigencias sociales, culturales, políticas y económicas".

Luego quiso el legislador, dentro de su facultad de configuración legislativa, que esa Prima de Riesgo, no constituyera factor salarial.

Amén a lo anterior, esa norma no ha sido declarada inexequible y en consecuencia, se encuentra vigente en toda su integridad.

VII. PRECEDENTES JUDICIALES SOBRE LA NO DETERMINACION DE LA PRIMA COMO FACTOR SALARIAL TOMANDOSE SOLO PARA ESTABLECER EL VALOR DE LA PENSION:

Así se pronunció el H. Consejo de Estado al respecto:

T- 2011-01438-00, 15-Nov-11, Actor: José Roldan Sandoval. C. P: ALFONSO VARGAS RINCON

"Por su parte, esta Corporación mediante providencia del 7 de abril de 2011 con ponencia del Consejero doctor Gustavo Gómez Aranguren, al respecto de su inclusión en la liquidación de la pensión determinó lo siguiente":

*"1. **A pesar de que las normas citadas expresamente excluyeron la prima de riesgo como factor salarial**, de la lectura del artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso sub lite, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y los que lo adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a los que este Decreto establece.*

Es así como el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, expresamente estableció:

"CUANTIA DE LA PENSION.

El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento del promedio de los salarios y ***primas de toda especie*** *percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin." (negrillas de la Sala)*

(Lo subrayado fue declarado nulo, Sent. C de E. Junio de 1980)

"Lo anterior evidencia, que 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".*

"REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, diecisiete (17) de febrero de dos mil catorce (2014)

Siendo el momento procesal oportuno para decidir en primera instancia en el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO presentado por el señor MIGUEL ÁNGEL PIEDRAHITA HENAO, contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS- EN SUPRESION; el Despacho emite fallo en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Pretensiones.-

Solicita el actor que PREVIA INAPLICACIÓN del artículo 4 del Decreto Nro.2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenidos en el artículo 53 de la Constitución Nacional que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, se declare la nulidad del acto

administrativo particular número 1-2012-102717-2, del 17 de agosto de 2012, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la
denominada "prima de riesgo". A título de restablecimiento del derecho solicita la reliquidación de todas las primas legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo. (Folio 3/ 4).

2. El conflicto jurídico planteado entre las partes del proceso.

El demandante labora en el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" (hoy en proceso de supresión), desde el 2 de septiembre febrero de 1989 hasta la fecha. Desempeña el cargo de Técnico Administrativo del Área Administrativa, con asignación básica de un millón setecientos un mil novecientos dieciséis pesos ($1.701.916).

El Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", además del salario percibido, le paga mes a mes, una prima denominada "prima de riesgo", ordenada en el Decreto

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL DEMANDANTE MIGUEL ÁNGEL PIEDRAHITA HENAO DEMANDADO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS-
RADICADO No. 05001-33-33-023-2013-00090-00
INSTANCIA PRIMERA SENTENCIA No. 16 DE 2014
TEMAS Y SUBTEMAS PRIMA DE RIESGO / FACTOR PRESTACIONAL/ DISPOSICIÓN NORMATIVA PROHIBITIVA DECISIÓN NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA

II CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. EL CONFLICTO

1.- Problema Jurídico Corresponde al Despacho definir en esta instancia, si el acto administrativo del 17 de agosto de 2012 (1-2012-102717-2), debe anularse e inaplicar lo establecido en el Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior, contenidas en el artículo 53 de la Constitución y por ende, si como consecuencia, le asiste razón a la demandante para que se le restablezca su derecho, de conformidad con las pretensiones, consignadas en la demanda.

1.1.- Tesis de la demandante.-

La prima de riesgo debe considerarse factor salarial dentro de la liquidación de todas las prestaciones establecidas en favor del actor, pues era pagada de manera habitual, mes a mes, y generada "como contraprestación directa al servicio de alto riesgo al que se veía expuesto el funcionario del DAS.

1.2- Tesis del demandado.-

La libertad configurativa de que goza el legislador le permite establecer la prima de riesgo como un ingreso que no constituye factor salarial, sin que por una disposición

como la examinada se pueda argumentar vulneración de norma jurídica superior sin que además pueda indicarse, la existencia de un derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal.

2.- MARCO JURÍDICO QUE RIGE EL CONFLICTO.-

2.1 -DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL CONFLICTO JURIDICO PROPUESTO:

El artículo 4° del Decreto 1933 de 1989, estableció la prima de riesgo, en los siguientes términos:

"Artículo 4° PRIMA DE RIESGO. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público."

El Decreto 132 de 1994 "Por el cual se dictan normas en materia salarial." consagró el pago de la prima de riesgo equivalente al 20% adicional de la asignación básica mensual y el Decreto 1137 de 1994, "en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4 de 1992" creó una prima especial de riesgo para algunos cargos que ocupaban empleados del DAS, ampliándola a un 30% adicional, dela asignación básica y precisando que la misma no constituye factor salarial. Dispone la norma:

"Articulo 1° los empleados del Departamento Administrativo de seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

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

Finalmente el Decreto 2646 de noviembre 29 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a la totalidad de los empleados en sus distintos cargos y áreas, en los siguientes términos:

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

ARTÍCULO 2°. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe

de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter
permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

ARTÍCULO 3°. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual."

ARTÍCULO 4°. La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."...

En el desarrollo normativo que se dio a la prima de riesgo, se enfatizó que la misma no constituye factor salarial.

Ahora, respecto a liquidación de prestaciones, los artículos 16 y 17 del Decreto 1933 de 1989, enumeran los factores a tener en cuenta para la liquidación de las primas de navidad y vacaciones de los empleados del DAS, en efecto el artículo 16 prescribe que:

"ARTÍCULO 16. FACTORES PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos por antigüedad;
c) La bonificación por servicios prestados;
d) La prima de servicio;
e) La prima de vacaciones;
f) El subsidio de alimentación;
g) El auxilio de transporte;
h) Los gastos de representación."

Por su parte, el artículo 17 indica que:

"ARTÍCULO 17. FACTORES PARA LIQUIDAR VACACIONES PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos por antigüedad;
c) La bonificación por servicios prestados;
d) La prima de servicio;
e) El subsidio de alimentación;
f) El auxilio de transporte;
g) Los gastos de representación."

Denota pues el despacho que la prima de riesgo no está incluida en ninguna de las dos disposiciones citadas del Decreto 1933 de 1989

En el artículo 53 de la Constitución Política, se consagran los principios que deben informar toda relación laboral, así:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social,
la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden
menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

2.2 La Jurisprudencia
El H. Consejo de Estado ha abordado el tema de la incidencia de la prima de riesgo, percibido por los servidores del DAS, para efectos de la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación (resalto del Despacho), señalando que por el hecho de que la prima de riesgo no tenga carácter de factor salarial, ello no la excluye de su incidencia en la liquidación de la pensión vitalicia, indicando:

"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 (...)".1

En el mismo sentido del anterior pronunciamiento, el despacho evoca las siguientes providencias:
-CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, siete (7) de abril de dos mil cinco (2005),
Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08947-01(1608-04, Actor: SAMUEL ANTONIO MOLANO VARGAS
CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, quince (15) de noviembre de dos mil once (2011),
Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01438-00(AC), Actor: JOSE ROLDAN SANDOVAL SANDOVAL, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

62
12

A titulo de conclusiones normativas y jurisprudenciales en el sublite,el Despacho indica:

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia trascrita, estima el Despacho, que si el legislador estableció la denominada "prima de riesgo", indicando expresamente que ésta no constituye factor salarial, al no comprometer dicha expresión legislativa los derechos mínimos e irrenunciables establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política, no puede el sentenciador otorgar incidencia a ésta en la liquidación de sus rubros prestacionales contraviniendo la disposición restrictiva –normativa- indicada, pudiendo solo – como hasta ahora lo ha hecho la jurisprudencia- establecer efecto sobre las pensiones de estos mismos trabajadores; edificando su decisión no en que ella sea o constituya un factor salarial, sino que en razón de la normatividad que rige las pensiones del ente – hoy en supresión- y al haberse concluido que no es taxativo el listado de factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de dicha PRESTACION de JUBILACION; indicando en esos casos el sentenciador, que por el hecho de no poderla tener en cuenta para la liquidación de otras prestaciones –conforme al tenor literal de la norma que regula la prima de riesgo- ello no es óbice para no tenerla en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores de dicho ente, pero, se repite, en razónde interpretación de la normas que rigen la pensión de jubilación, pero no, en razón de considerar que su limitación a no tener naturaleza de factor salarial para la liquidación de prestaciones, sea contraria a las normas jurídicas superiores, tal como lo indicó la Corte Constitucional en su sentencia c 279 de 1996 relievando la libertad configurativa"

Como se podrá dar cuenta, su señoria, es el mismo Alto Tribunal Administrativo, quien acepta y reconoce que la **prima de riesgo no constituye factor salarial**, "pero que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión", interpretación ésta que la hacen por remisión al *artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, que no del Decreto 2646 de 1994, que regula la materia objeto de estudio.* Pero, como lo dijimos al comienzo de este acápite, este es otro tema completamente distinto, ya que se refiere concretamente a los factores salariales a tener en cuenta al momento de cuantificar el valor de la pensión.

Colofón a lo anterior, no se encuentra facultada mi representada, por expresa prohibición de la ley y de los precedentes judiciales, tener en cuenta la plurimencionada Prima de Riesgo como factor salarial y por ende liquidarla según lo pide la Demandante.

VIII. DE LAS EXCEPCIONES

A.-INEPTA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Por cuanto el acto acusado no contiene una decisión definitiva sobre las pretensiones del actor y no es un acto susceptible de ser demandado judicialmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 135[26] del Código Contencioso Administrativo.

---

[26] "ARTICULO 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. **<Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 22 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.**

El demandante acudió a un derecho de petición para que la entidad le reconociera y le liquidara como factor salarial, la prima de riesgo plurimencionada, cuando existian unos procedimientos establecidos para la obtención de los objetivos buscados por el mismo, procedimiento que resulta improcedente por el principio de la especialidad de la competencia.

Así, del texto del oficio demandado No.E-2310, 18-201318079, se concluye la falta de competencia de la Entidad para el reconocimiento de los derechos pretendidos por el actor. En conclusión, el Oficio No.E-2310, 18-201318079, no reúne los presupuestos necesarios para que se considere un acto administrativo definitivo, por el contrario es un acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional.

Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir, efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación.

Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación. En ese sentido el H. Consejo de Estado ha señalado:

> *"(...) Solo son demandables las decisiones de la administración capaces de producir efectos jurídicos, pues el acto administrativo se caracteriza por ser la manifestación de voluntad de la Administración que crea, define, modifica o extingue una determinada situación jurídica, y en general, produce efectos en derecho. (...)*
>
> *No es la procedencia o no de recursos contra un acto de la Administración, lo que determina que el mismo tenga o no la categoría de acto administrativo, sino la capacidad del mismo de producir efectos en derecho, independientemente de que tal manifestación de voluntad no sea susceptible de ser controvertida administrativamente"*[27]

Cuando se ejerce el derecho de petición los ciudadanos pretenden la resolución oportuna y pronta de su asunto, que haya un pronunciamiento de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado. En

---

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos. "

[27]Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 27 de octubre de 2005, Expediente 13522, M.P. Héctor J. Romero Díaz.

esa medida, se garantiza que si el particular tiene alguna objeción contra la decisión de la administración, puede controvertirla mediante los recursos en vía gubernativa o ante la jurisdicción.

Pero para ello, se requiere que la respuesta contenga una decisión que produzca efectos jurídicos. En general la respuesta negativa a las peticiones implica la extinción de la situación jurídica, la negación del derecho pretendido y en ese orden de ideas constituye un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional.

Sin embargo, puede suceder que a pesar de la negativa, la decisión resulte intrascendente porque existen unos procedimientos establecidos para la obtención de los objetivos del particular que no son atendidos por este. En ese sentido, como no se obtuvo aquella decisión que de acuerdo al ordenamiento jurídico tiene la virtualidad de modificar la situación jurídica del interesado, no se estará en presencia de un acto susceptible de control jurisdiccional.

Bajo este entendido, se analizará el acto acusado, para determinar si puede ser objeto de control jurisdiccional ante esta corporación:

- El acto acusado corresponde a una respuesta a un derecho de petición.
- Su contenido es explícito en determinar la no concesión de lo pedido, por cuanto la prima reclamada no constituye factor salarial.
- La respuesta emitida fue proferida por un funcionario investido de funciones para pronunciarse en nombre de la administración.
- La declaración de derechos como las pretendidas por el actor, es competencia de las autoridades jurisdiccionales.

Así las cosas la respuesta no constituye una negativa a la petición de la demandante y no puede considerarse como una decisión definitiva, por ello no es posible establecer el verdadero alcance de la respuesta de la entidad. Se trata de una comunicación, de carácter exclusivamente de trámite, que no pretende extinguir o modificar derechos del petente.

En este contexto, y como se demostrará durante el trámite procesal, se tiene que no existe ninguna causal de nulidad contenida en el bloque de legalidad que sea predicable del Oficio No.E-2310, 18-201318079, porque este no es un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

CADUCIDAD DE LA ACCION:

El derecho constitucional de acceso a la justicia, puede ser regulado por el legislador, que está así habilitado para fijar restricciones temporales para el ejercicio del derecho de acción, limitación que se justifica como un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y otorga la estabilidad a las relaciones entre los individuos y el Estado. Las acciones deben propiciarse en tiempo oportuno, lo que explica los términos de caducidad en virtud de los cuales se marchita el derecho de acción, y las situaciones adquieren la firmeza necesaria a la seguridad jurídica.

565

Ahora bien, en cuanto a la Acción Contenciosa Administrativa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el literal "d" del artículo 164 del C. C.A., dispone:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar demanda:
(...)
d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso".

Por su parte, la Jurisprudencia ha explicado que el establecimiento de un término fatal para la interposición de este tipo de acciones:

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 23 de febrero de 2006, Radicación No: (6871-05), Actor: Marcos Melgarejo Padilla.

" La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas"
La Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: "(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia." Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Como lo probaremos en su oportunidad procesal, el acto administrativo definitivo mediante el cual se le reconocieron y cancelaron las prestaciones sociales a la Accionante, contra el cual debió incoarse administrativamente, fue emitido y comunicado y/o notificado con mucha antelación al termino establecido de cuatro (4) meses.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA:

Esto debido a que mi representada no está obligada a reconocerle ningún otro emolumento laboral diferente a dicha prima de riesgo, en virtud a que la misma no constituye factor salarial, como fue explicado en extenso, en el acápite correspondiente a la "Fundamentación Fáctica y Jurídica de la Defensa".

FALTA DE INTERES PARA PEDIR.

No le asisten razones ni fácticas ni jurídicas, a la Demandante, para solicitar el incremento de las prestaciones sociales, por cuanto ya se dijo, dicha Prima de Riesgo, no constituye factor salarial, acorde con la normativa antes enunciada.

INNOMINADAS:

Le solicito al señor juez, tener en cuenta cualquier otra situación fáctica y jurídica que en el devenir del proceso se presente como causal exceptiva que imposibilite la prosperidad de las pretensiones y por ende determine la terminación del proceso.

IX. PRUEBAS:

Nos acogemos a las existentes en el proceso y las que se llegaren a recaudar en forma legal, regular y oportunamente.

TRASLADADAS:

Muy comedidamente le impetro oficiar a la Demandada, para que envíe copia auténtica del acto administrativo en virtud del cual se le liquidó en forma definitiva las prestaciones sociales a la Demandante y si contra dicho acto se interpusieron los recursos de ley.

PERTINENECIA Y CONDUCENCIA DE LA PRUEBA SOLICITADA: Es pertinente en cuanto la misma tiene relación con el petitum de la demanda, dado que fue mediante ese acto administrativo definitivo con el cual se concluyó el tema motivo de la litis de marras. Es conducente por cuanto la misma nos conducirá a probar que la demandante accionó esta demanda por fuera de los términos legales establecidos, que para el caso en comento es de cuatro (4) meses y en consecuencia la misma se encuentra caduca y que se utilizó un derecho de petición para tratar de revivir términos que ya se encontraban fenecidos. Amén de probar la existencia de un acto administrativo definitivo contra el cual debió accionarse administrativamente.

X. ANEXOS:

Poder para actuar, Resolución No.577 de 2012 y Acta de Posesión de la Dra. ERIKA SANCHEZ MONROY.

XI. NOTIFICACIONES:

A la Demandante, en la dirección que ellos relacionaron en el acápite de su Demanda.
Al suscrito en este despacho y en mi oficina profesional, sita en esta ciudad, centro, avenida el centenario, No.30B- 120, Local 1, además le solicito muy respetuosamente notificarme a mi EMAIL: fliaromero909@hotmail.com

Que Dios os guarde,

PEDRO ROMERO RINCON.
C.C.No.9.282.061 de Turbaco
T.P.No.41.913 del CSJ.