



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, dieciséis de julio de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal – DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2016, en la audiencia inicial, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
C.C. No. 10.528.292

2. PARTE DEMANDADA

DAS EN SUPRESIÓN
Sucesor procesal: DEFENSA CIVIL COLOMBIANA

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad del Oficio No. 201324122, notificado el 24 de diciembre de 2013, en el que se negó el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial.

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las primas legales y extralegales, vacaciones y cesantías, a su favor.

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

El señor Fredy Claver Ortega, laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 22 de junio de 1988 hasta el 30 de junio de 2013.

Durante su vinculación laboral, recibió la prima de riesgo, equivalente en un 35% de su asignación básica, en forma habitual y periódica.

La prima de riesgo fue considerada como factor no salarial, según Decreto 2646 de 1994.

La prima de riesgo no fue incluida en la liquidación de los factores salariales y prestacionales del actor.

Previa solicitud, en el oficio cuestionado, se negó la inclusión de la prima de riesgo en la liquidación de las primas y otros factores salariales. *Fls. 1 a 16*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 23 de mayo de 2014, repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 51 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, que actúa en razón de la extinción del DAS, contestó la demanda en tiempo oportuno y a través de apoderado.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo los relacionados con el derecho a la prima de riesgo reclamada. En las razones de defensa, efectuó un recuento normativo para resaltar que dicha prima no tiene el carácter de factor salarial. Planteó las excepciones de caducidad, inepta demanda, indebida integración del litisconsorcio, inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. *Fls. 86 y siguientes*

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

La **Defensa Civil Colombiana**, solicitó ser vinculada como sucesor procesal del DAS, y contestó la demanda en tiempo oportuno y a través de apoderada.

En la contestación, se opuso a las pretensiones, aceptó que el señor Fredy Claver Ortega fue incorporado a la planta de empleos de la entidad, por Resolución No. 508 de 22 de julio de 2013, y manifestó que no le constaban los hechos expuestos. Propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva. *Fls. 113 y siguientes*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

En la audiencia inicial, se declararon no probadas las excepciones planteadas, salvo la de prescripción, que se difirió para ser resuelta en la sentencia. Ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia.

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 16 de marzo de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, a la vez que se declaró la prescripción de lo reclamado con anterioridad al 5 de diciembre de 2010.

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **Defensa Civil Colombiana**, apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

En el recurso, alegó que no le asiste legitimación en la causa, porque no tenía competencia ni le asistía interés alguno, al momento de la expedición del acto administrativo. En este sentido, adujo que no tiene responsabilidad por las decisiones del empleador original, ni por la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS. Aclaró que solo asumió el proceso por disposición del Decreto 1303 de 2014, por cuanto el demandante fue incorporado a su planta de empleos. Agregó que a este se le aplica el régimen salarial y prestacional de la entidad.

Consideró que no es procedente considerar la prima de riesgo como factor salarial, bajo la inaplicación del Decreto 2646 de 1994; aunado a que dicha prima fue así considerada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, de 1 de agosto de 2013, pero solo para efectos pensionales, lo que difiere del asunto de la referencia.

Pidió que se revoque la sentencia y que se nieguen las pretensiones de la demanda. *Fls. 183 y siguientes*

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada. El recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. La parte demandante alegó a folios 14 y siguientes. La entidad apelante lo hizo a folios 23 y siguientes. Y el Ministerio Público no conceptuó en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y el acto administrativo demandado

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Fredy Ortega Jiménez, laboró en el DAS, desde el 22 de junio de 1988 hasta el 31 de agosto de 2013, y el último cargo que desempeñó fue el de conductor, según certificación a folio 20 del cuaderno principal. Al plenario se allegó también una certificación de los factores salariales que le fueron cancelados en dicha entidad, a folios 27 y siguientes del cuaderno principal.

Ante la extinción del DAS, fue incorporado a la planta de personal de la Defensa Civil Colombiana, donde tomó posesión el 1 de septiembre de 2013, según consta a folios 127 y siguientes.

Posteriormente, el señor Ortega Jiménez, el 10 de diciembre de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial, para la liquidación de otros factores salariales y prestacionales, lo que fue negado por Oficio No. 201324122 de 19 de diciembre de 2013.

En este oficio, se expuso la creación de la prima de riesgo en el artículo 4 del Decreto 1933 de 28 de agosto de 1989, y su regulación como factor no salarial en el artículo 1

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

del Decreto 132 de 17 de enero de 1994, en el artículo 1 del Decreto 1137 de 2 de junio de 1994 y en el artículo 4 del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994. A folios 20 y siguientes del cuaderno principal.

3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación

En contra del oficio anterior, el señor Fredy Ortega Jiménez, instauró la demanda de la referencia, que fue sentenciada favorablemente por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, decisión contra la cual, la Defensa Civil Colombiana alega que no le asiste legitimación en la causa y que la prima de riesgo no es factor salarial por disposición normativa que se presume constitucional.

4. Juicio de la Sala

La prima de riesgo para los empleados del extinto DAS, fue contemplada en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 y, posteriormente, fue prevista en el artículo 1 del Decreto 1137 de 1994, en el que se indicó que no constituye factor salarial. Los decretos anteriores fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994 que, a la vez, en su artículo 4, dispuso que la prima de riesgo no constituye factor salarial. De lo que se concluye que los decretos de creación y regulación de la prima de riesgo, determinaron expresamente que no constituye factor salarial.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013, radicado 2008 00150, consideró que la prima de riesgo constituye un factor salarial para el ingreso base de liquidación de las pensiones de los detectives del extinto DAS.

Empero, ha desestimado dicha consideración en la mayoría de los casos, como el que aquí se resuelve, en que se reclama la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de otras prestaciones laborales. Esto lo sustenta en que el legislador dispuso expresamente que la prima de riesgo no constituye factor salarial, y que el criterio asentado en la sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013, se concentró en la determinación del ingreso base de liquidación de las pensiones, por lo que no puede ser aplicado a otras prestaciones, pese a estar contempladas en la misma normatividad. Así, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 23 de enero de 2020, radicado 0886-15, se explicó:

Por consiguiente, desde una óptica histórica y exegética se puede concluir que la voluntad del legislador siempre ha sido que la prima de riesgo no constituya factor salarial. Lo anterior, no obstante la jurisprudencia de esta Corporación sostenga desde 2013 que la mentada prestación sí pueda ser catalogada como factor salarial, pero

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

únicamente para efectos de determinar el ingreso base de cotización de la pensión de jubilación para aquellos servidores del extinto DAS que devengasen el factor en comento, es decir:

- *La sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2013 determinó que la prima de riesgo percibida por los empleados del extinto DAS tenía un innegable carácter salarial al hacer parte de la contraprestación directa a que tenían derecho por sus servicios prestados en los diferentes cargos de la entidad, según lo previsto en los Decretos 1137 y 2646 de 1994.*
- *Sin embargo, la providencia en cita solo hizo referencia a la posibilidad de incluir la prima de riesgo como factor salarial en el cómputo del IBC de la pensión de jubilación o de vejez de los servidores públicos que laboraban en el Departamento Administrativo de Seguridad. Ello se advierte al sostenerse que la finalidad de la unificación jurisprudencial en dicha ocasión consistía en:*

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

- *En ese sentido, la prestación a la que aludió la sentencia de unificación, se reitera, fue la pensión de jubilación o la de vejez, prestación que difiere del auxilio de cesantía, respecto del cual el legislador determinó taxativamente los factores salariales bajo los cuales se debe liquidar.*
- *A su vez, el auxilio de cesantía no fue objeto de estudio en la sentencia de unificación de 2013, motivo por el cual no puede extenderse la interpretación efectuada por esta Corporación a una prestación diferente, aun cuando ambas, pensión de jubilación y cesantías, estuviesen reguladas por la misma norma en cuanto a los factores para su liquidación según se observa del contenido del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989.*

En ese orden de ideas, para la subsección no es posible extender los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 1.º de agosto de 2013 en la forma pretendida por el demandante, esto es, incluir la prima de riesgo como factor para liquidar y pagar el auxilio de cesantías, por cuanto se trata de prestaciones diferentes.

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

Aunado a ello, conforme se estudió en precedencia la sentencia en cita no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para efectos de la forma en que deben reconocerse y pagarse las cesantías a quienes laboraron en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad.

A la vez, este Tribunal, desde la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2018, dentro del radicado 2014 00200, en un caso idéntico al que aquí se examina, consideró que la prima de riesgo no constituye factor salarial para la liquidación de otras prestaciones, porque i) no existe una posición unificada en la jurisprudencia que así lo considere, ii) no es aplicable la sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, porque esta trató de un asunto pensional, lo que difiere de otras prestaciones de los empleados del extinto DAS, y iii) porque no es procedente la inaplicación del Decreto 2646 de 1996, ya que es el mismo legislador quien dispuso que la prima de riesgo no constituye factor salarial, lo que hace parte de su potestad legislativa en materia prestacional, y lo cual, a su vez, no desconoce el artículo 53 constitucional que consagra el principio de la realidad sobre las formas, ni trasgrede instrumentos internacionales que definen el salario en el empleo público.

Bajo estos parámetros jurisprudenciales, descendiendo al caso concreto, la Sala reitera que la prima de riesgo no constituye factor salarial para la liquidación reclamada de las prestaciones sociales como primas, vacaciones y cesantías de los empleados del extinto DAS, por así disponerlo la normatividad que la regula, y porque la jurisprudencia actual contenciosa administrativa, estima que lo anterior no trasgrede el artículo 53 de la Constitución Política ni las normas de orden internacional que definen el salario, a la vez que no constituye precedente aplicable la posición unificada en sentencia de 1 de agosto de 2013, por tratar de supuestos fácticos y jurídicos diferentes al caso en estudio.

Consecuentemente, la Sala encuentra próspero el recurso de apelación, por lo que revocará la sentencia y negará las pretensiones de la demanda.

5. Costas de esta instancia

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00221 01
Actor: FREDY CLAVER ORTEGA JIMÉNEZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal DEFENSA CIVIL COLOMBIANA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

La Sala no condenará en costas en esta instancia, porque el criterio sobre la prima de riesgo como factor salarial no era uniforme en la jurisprudencia contenciosa administrativa al momento de la interposición de la demanda de la referencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

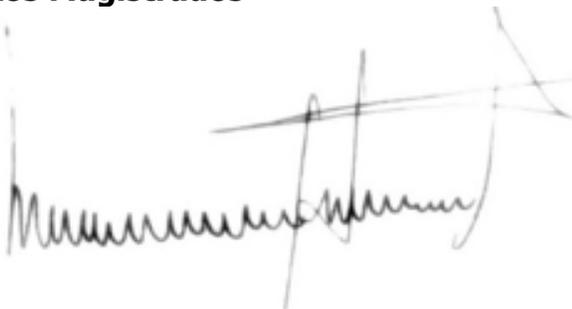
PRIMERO: Revocar la sentencia dictada el 16 de marzo de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia. En su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

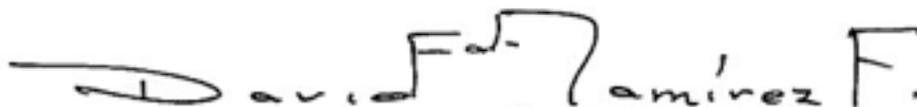
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO