



**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 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal – AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – PAP FIDUPREVISORA SA DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO – DAS y su FONDO ROTATORIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por las partes, contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
C.C. No. 10.302.047

2. PARTE DEMANDADA

DAS EN SUPRESIÓN Sucesor procesal:

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP
FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y

PAP FIDUPREVISORA SA DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO – DAS y su FONDO ROTATORIO

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 inaplique el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994

Que se declare la nulidad del Oficio No. E 2310 18 201323925, notificado el 21 de diciembre de 2013, en el que se negó el reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial.

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 Jorge Enrique Gutiérrez, laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Durante su vinculación laboral, recibió la prima de riesgo, equivalente a 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 de otros factores salariales. *Fls. 1 a 16*

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

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 16 y siguientes, C. ppal.-.

En el transcurso del proceso, se ordenó la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del PAP Fiduprevisora SA, como sucesores procesales del DAS EN SUPRESIÓN.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, 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 falta de legitimación en la causa, inepta demanda, ausencia de ilegalidad y prescripción. *Fls. 493 y siguientes*

El **PAP Fiduprevisora SA**, 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 exigida. Planteó las excepciones de inepta demanda, ausencia de ilegalidad, falta de jurisdicción y prescripción. *Fls. 476 y siguientes*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia.

7. LA SENTENCIA APELADA

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

Se trata de la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, 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

El **PAP Fiduprevisora SA**, apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

En el recurso, alegó una indebida aplicación del precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 1 de agosto de 2013, en la que se consideró la prima de riesgo como factor salarial pero solo para efectos pensionales, lo que difiere del asunto de la referencia. Aunó que, con lo anterior, se desconocieron múltiples precedentes ilustrativos sobre los conceptos de factores salariales y prestacionales. Expuso un recuento normativo sobre la naturaleza de la prima de riesgo y su consagración como factor no salarial. Sostuvo que no era procedente la condena en costas.

Pidió que se revoque la sentencia y que se nieguen las pretensiones de la demanda. *Fls. 559 y siguientes*

La **parte demandante** también apeló la decisión anterior en tiempo oportuno, para que se modifique la condena en costas, en el sentido de incrementar su monto. *Fls. 557 y siguientes.*

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 demandada alegó a folios 14 y siguientes. Los demás sujetos procesales no se pronunciaron 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 23 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Segunda Instancia

2. Lo demostrado y el acto administrativo demandado

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

El señor Jorge Enrique Gutiérrez laboró en el DAS desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, y el último cargo que desempeñó fue el de detective, en la Seccional Cauca, según certificación a folio 26 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.

El señor Gutiérrez Moreno, el 5 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. 201323925 de 18 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 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 Jorge Enrique Gutiérrez Moreno, instauró la demanda de la referencia, que fue sentenciada favorablemente por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán. Contra esta decisión, el PAP Fiduprevisora SA alega que la prima de riesgo no es factor salarial por disposición normativa y que es desacertado aplicar el precedente contenido en sentencia de 1 de agosto de 2013 del Consejo de Estado, porque allí trata del reajuste pensional, lo que difiere de este caso. A la vez, la parte actora pide que se incremente el monto de la condena en costas.

Como las partes apelaron, la Sala resolverá sin limitaciones.

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

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP
FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 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:*

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP
FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

«[...] 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. 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

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP
FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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 de la entidad demandada, por lo que revocará la sentencia y negará las pretensiones de la demanda.

Esto implica la revocatoria de la condena en costas, por lo que se desestima el cargo de la apelación que al respecto elevó la parte demandante.

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.

La Sala no condenará en costas en este proceso, 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

Expediente: 19001 33 33 006 2014 00222 01
Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ MORENO
Demandado: DAS EN SUPRESIÓN – Sucesor procesal ANDJE y PAP
FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

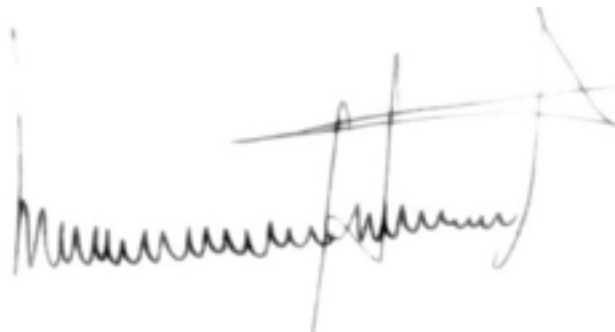
PRIMERO: Revocar la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia. En su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en este proceso, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

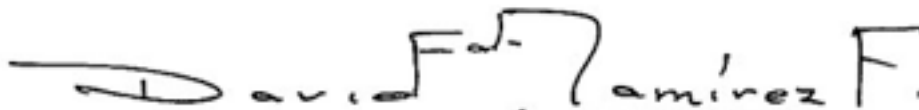
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO