



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>70-001-33-33-008-2014-00153-01</b>
<b>ACCIONANTE:</b>	<b>GIOVANNI DE JESÚS PATERNINA REVOLLO</b>
<b>ACCIONADO:</b>	<b>DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN "UNP"</b>
<b>M. DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y REST. DEL DERECHO</b>

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual denegó las pretensiones de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

El señor **GIOVANNI DE JESÚS PATERNINA REVOLLO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN "UNP"**, con el objeto de que se acceda, a las siguientes reclamaciones:

*"PRIMERO: Que previa inaplicación del artículo 4° del Decreto No. 2646 del 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenidos en el Art. 53*

---

<sup>1</sup> Ver folio 3-4 del cuaderno de primera instancia.

*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, al igual que viola el Art. 4 de la C.N que consagra la inaplicabilidad en caso de incompatibilidad de una Ley u otra forma jurídica frente a otra norma superior y más aún si lo es frente a la Constitución Política; se declare la nulidad del acto administrativo DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG. de 22 de julio de 2013, con Rad. 201310990 del 19 de julio de 2013, emanado de la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO (DAS en proceso de supresión).*

*SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas la primas legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de las cesantías causados desde el nacimiento del Derecho y las que se causen a futuro, igualmente al reajuste de los aportes a la seguridad social, reliquidados todos con el salario realmente devengado, en el que queda integrada la prima de riesgo (...)"*.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>**

Indicó el actor, que desde el 9 de marzo de 1999, hasta el 31 de diciembre de 2011, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", ocupando el cargo de Detective 208-07 del área operativa.

Señaló, que recibía además de su salario, una prima de riesgo, la cual se pagaba de manera habitual y periódica, equivalente al 35% de su asignación básica mensual.

No obstante expresó, que el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", al liquidar las primas legales y prestaciones sociales causadas en su favor, no incluyó el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, el cual debía ser incorporado como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionadas.

---

<sup>2</sup> Ver folios 1-3, 4-14 del cuaderno de primera instancia.

Manifestó, que el día 16 de julio de 2013, presentó reclamación administrativa ante el DAS en supresión, solicitando reconocer como factor salarial para todos los efectos legales, la prima de riesgo, la cual fue negada mediante el acto administrativo demandado. A raíz de ello, el actor, decidió acudir al presente medio de control contencioso administrativo, para que sean acogidas sus pretensiones.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 4, 53 y 58 de la Constitución Política; y Ley 50 de 1990.

El demandante, después de efectuar una construcción jurídica-normativa de la prima de riesgo, considera que los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, al excluir expresamente la prima de riesgo como factor salarial, están en contravía del principio constitucional de los derechos adquiridos, contenido en el Art. 58 de la Constitución de 1991, dado que en los términos del artículo 31 de la Constitución de 1886, vigente al nacimiento de la prima de riesgo mencionada -Decreto 1933 de 1989, con el carácter ya indicado, configuró un derecho adquirido, prolongado a la actualidad, conforme el Art. 58 del estatuto superior.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

La parte demandada NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN "UNP", a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que en su mayoría son apreciaciones jurídicas del demandante.

En las razones de la defensa manifestó, que su actuación fue conforme a la ley, toda vez que la misma no permite la inclusión de la prima de riesgo,

---

<sup>3</sup> Ver folios 87-102, cuaderno de primera instancia.

al factor salarial para liquidar prestaciones laborales, motivo suficiente para desestimar las súplicas de la demanda.

Presentó como excepciones, la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, falta de legitimación material en la causa por pasiva e imposibilidad de imputar el hecho dañoso, a la Unidad Nacional de Protección (inexistencia de nexo causal).

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 27 de enero de 2016, decidió denegar las pretensiones de la demanda.

Adujo el juez *A quo*, que la prima de riesgo, según mandato legal, no se constituye en un factor salarial para liquidar las prestaciones de orden laboral, toda vez, que la norma expresa claramente, que no constituye factor salarial, eventualidad que se asume de manera diferente, cuando se reclama el reajuste de una prestación pensional, donde la prima de riesgo, si se erige como factor liquidatario, más no es traducible en factor salarial.

#### **1.5.- El recurso<sup>5</sup>.**

La parte demandante, a través de apoderado judicial, interpuso el recurso de apelación, con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

Soporta la pretensión de alzada, conforme lo señalado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda<sup>6</sup>, considerando que las primas de riesgo y de clima, han de ser tenidas en

---

<sup>4</sup> Ver folios 141-146 del cuaderno de primera instancia.

<sup>5</sup> Folios 150-160, del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Rad. 2008-00150-01. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, previéndose que en la sentencia citada, se suscita la inaplicación del Art. 4° del Decreto 2646 de 1994, por asumirse como violatorio de la Constitución Política -Art. 53-, que consagra el principio de primacía de la realidad sobre las formas y prohíbe, la extinción de los derechos laborales adquiridos por leyes posteriores -Art 58 ibídem-.

Igualmente, el apelante afirma que en su caso, se dio una sustitución patronal, más no una terminación de la relación laboral, por lo que se está en presencia de prestaciones periódicas, sin preverse solución de continuidad.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de 18 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante<sup>7</sup>.

- En proveído de 12 de mayo de 2016, se dispuso correr traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo<sup>8</sup>.

- La parte demandada, Departamento Administrativo de Seguridad- DAS- en supresión, a través de la Fiduprevisora y la Unidad Nacional de Protección, se hicieron partícipes en esta etapa procesal presentando sus alegatos de conclusión<sup>9</sup>.

La primera de las entidades señala, que no se debe tener en cuenta la prima de riesgo como factor salarial, toda vez, que la normatividad así lo ha estimado.

---

<sup>7</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folio 24, cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folio 31-41, cuaderno de 2ª instancia.

Indica además, que si bien los empleados que ejercen funciones en el DAS, se les aplica un régimen especial y no el general, por ser más beneficioso para ellos, ello no significa que se tuviera que construir un híbrido, tomando las normas de ambos regímenes, para tratar de obtener un mejor derecho, liquidándose de una forma o de otra, por lo que en este caso, se aplicará lo dispuesto en el régimen especial, que cubre al actor en su pretensión, pues, se violaría el principio de inescindibilidad de la norma, ya que el principio de favorabilidad aplica, pero, sujetándose a la norma favorable en toda su extensión, es decir, tanto lo que más favorece al trabajador, como lo que no es tan beneficioso del sistema.

Igualmente, destaca que en virtud de la ley 1753 de 2015, artículo 238, la Agencia Nacional de Defensa del Estado, no puede intervenir dentro de un proceso judicial como parte pasiva o sucesora procesal, como tampoco fijar una posición autónoma frente a los asuntos relacionados con el extinto del DAS, teniendo en cuenta que por mandato legal, estos serán atendidos por el patrimonio autónomo del extinto -DAS-, a cargo de la FIDUPREVISORA.

Para la Unidad Nacional de Protección, los decretos sustento normativo de la prima de riesgo y los cuales son objeto de la Litis, no hacen alusión alguna a que dicho emolumento (Prima de Riesgo) se deba tener como factor salarial, para la liquidación de prestaciones laborales solicitada.

Expresó, que las facultades otorgadas por el Congreso de la República al Gobierno Nacional, según la ley 4 de 1992, la cual da cabida a la expedición de los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, los cuales regulan la denominada "Prima de Riesgo", manifiestan que esta, no constituye factor salarial.

- El Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. Problema Jurídico.**

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, se circunscribe en determinar: ¿Hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, con el objeto de que le sea reconocida la prima de riesgo, al actor, como factor salarial, para efectos de liquidar sus prestaciones sociales?

### **2.3. Aclaración previa.**

Antes de abordar el fondo del asunto, es pertinente aclarar, que si bien en sede de segunda instancia, son presentados alegatos de conclusión por parte de la FIDUPREVISORA, la cual advierte su condición de sucesora procesal del DAS, desestimando la participación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para tal efecto; lo cierto es que tal participación, no puede ser asumida en esta actuación, como quiera que la determinación de la legitimación por pasiva de la acción, se predica es de la Unidad Nacional de Protección "UNP", quien para las particularidades del caso, es la sucesora procesal de los litigios, en los cuales se ven inmersos servidores públicos, trasladados a dicha unidad

administrativa<sup>10</sup>, en concordancia con lo consignado en el Art. 7 del Decreto 1303 de 2014<sup>11</sup>.

Siendo así, tales alegatos y participación del ente en mención, no se tendrá en cuenta.

#### **2.4. Análisis de la Sala.**

La prima de riesgo como emolumento de orden laboral, percibido en el régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por algunos empelados de dicha entidad – cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores -, ha sido asunto de discusión y deliberación en estrados judiciales.

En cuanto a su marco normativo, este Tribunal con miras a su definición, recurre a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, que en sentencia del 10 de noviembre de 2010<sup>12</sup>, señaló:

*“la prima de Riesgo tuvo su origen en el Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, disposición general mediante la cual se reglamentó el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, la cual indicó que los empleados de la entidad en mención, pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa adscritos a los servicios de escolta, a las*

---

<sup>10</sup> Situación que se predica en este caso, según lo certificado a folio 23 del cuaderno de 1ra Inst.

<sup>11</sup> Dicha norma reza: Decreto 1303 de 2014. “Artículo 7°. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3° del Decreto-ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

**Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora (...)**”.

<sup>12</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente con radicación interna 0568-08. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

unidades de operaciones especiales y a los grupos de antiexplosivos, "tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica".

Que posteriormente, el Decreto 132 de 17 de enero de 1994, otorgo a los servidores públicos que prestan servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, "la cual no tendrá carácter salarial".

Que el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creo una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los conductores quienes "tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual"

El inciso 2° del artículo 1° señaló:

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

Ahora, el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, en su artículo 1° preceptuó que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores "tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual."

Así mismo, en el artículo 4to de la norma en mención se indicó:

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

En este sentido, bajo una interpretación literal, lógica e histórica de los supuestos normativos del emolumento en estudio, se observa que la prima de riesgo, desde su creación, mediante Decreto 1933 de 1989, así como su desarrollo a través de los Decretos 132 y 1137 de 1994 y concretización final, en el Decreto 2646 de 1994, si bien se asume como un aparte

contraprestacional por los servicios prestados, limitado a ciertos empleados del DAS, no ha sido considerado, expresamente, como factor salarial, lo que conllevaría a la negativa de las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, esta Agencia Judicial, no puede pasar por inadvertido, que el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013<sup>13</sup>, replanteó su posición jurisprudencial, dirigida a la negativa del reconocimiento de la prima de riesgo, como factor salarial, para sostener lo contrario, en el siguiente marco decisional:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

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

*En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional*

---

<sup>13</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente con radicación interna 0070-2011. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo."

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, 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 como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

*Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.”*

De allí que, ante la nueva directriz forjada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se tiene que la prima de riesgo, goza de una naturaleza salarial intrínseca; sin embargo, a raíz de lo manifestado y atendiendo a que la problemática resuelta en dicha oportunidad, consistía en un asunto de reliquidación pensional, se gestó una controversia diferencial, en definir si el juicio de factor liquidatario pensional, se veía reflejado en reclamaciones sobre prestaciones sociales, al auscultarse un nuevo escenario del emolumento pluricitado, como factor salarial.

Esta nueva problemática, asumió distintas posiciones judiciales en favor y en contra, precisándose por los primeros, que al definir el Consejo de Estado, que la prima de riesgo, tenía una naturaleza salarial intrínseca, tal planteamiento solo era verificable, en asuntos en los que se discute un reconocimiento o reliquidación pensional, situación confrontada con aquellos que afirmaban, que la sentencia de unificación, de manera clara señaló, que la prima de riesgo, fuera de ser discutida en escenarios de valoración pensional, su contenido es de factor salarial, para todos los casos.

A la fecha, la discusión está en debate, no obstante, en sede de tutela, el Honorable Consejo de Estado, ha asumido una posición judicial dirigida a reafirmar, que la prima de riesgo es un factor salarial, para todos los efectos, no importando, si su reclamación se forja, exclusivamente, en asuntos pensionales o si también se erige en eventos de prestaciones sociales.

Sobre lo manifestado, la Alta Corporación, en sentencia del 16 de abril de 2015<sup>14</sup>, refirió:

*“Examinado lo anterior y las inconformidades de la actora, se considera necesario aclarar que si bien es cierto que la providencia en la que se fundamentó el ad quem en el fallo en censura, hacía referencia a un asunto de reliquidación pensional, también lo es que en la misma, la Alta Corporación Judicial fue precisa en establecer que dicha prima se constituye en un factor salarial por haber sido percibida en forma constante como una retribución directa del trabajo.*

*En efecto, en la sentencia de 1º de agosto de 2013, la Sección Segunda de esta Corporación unificó criterios en torno a la prima de riesgo como factor para el reconocimiento de la pensión de jubilación de trabajadores del DAS (...)*

*Así las cosas, es claro que la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia acertó en la interpretación efectuada en la sentencia de 4 de noviembre de 2014, acusada, pues es evidente que aunque el legislador consagró la prima de riesgo como una prestación que no constituía factor salarial, lo cierto es que, al efectuarse un examen frente al carácter de la misma, en consonancia con la Jurisprudencia de esta Corporación Judicial así como con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el de favorabilidad en materia laboral, dicha prima sí constituye factor salarial.*

*En efecto, todas aquellas sumas que percibe el trabajador 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, prima de riesgo, entre otros, **si son percibidas de manera habitual y periódica como contraprestación directa por los servicios del trabajador, son consideradas factores salariales** por ostentar el carácter de éste, tal como ocurrió en el sub examine con la pluricitada prima de riesgo, la cual se le pagó al trabajador en forma periódica en virtud de sus servicios laborales.”*

Decisión judicial, que a su vez es confirmada, en sentencia del 6 de agosto de 2015<sup>15</sup>, en la cual se señaló:

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente con radicación N° 2014-04249-00. C. P. Dra. María Elizabeth García González.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente con radicación N° 2014-04249-01. C. P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

*“Lo anterior significa que aun cuando los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994, excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, la realidad del asunto enseña que la prestación es una erogación habitualmente reconocida en razón del servicio prestado por los agentes del DAS, elementos que revelan su connotación de factor salarial no sólo para calcular el Ingreso Base de Liquidación, también el Ingreso Base de Cotización, tal y como lo expuso la providencia en mención.*

*En vista de lo anterior, no era necesario que en el fallo el juez colegiado invocara la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar los decretos citados, ya que su argumento no hizo hincapié en que la norma fuera contraria a los postulados constitucionales relativos a los asuntos laborales, sino simplemente a su falta de adecuación a la realidad, donde es evidente que la prima de riesgo abandonó su carácter ocasional para transformarse en una prestación constante devengada por los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad- DAS.”*

Bajo este escenario, es claro que el demandante, tiene derecho a que le sea reconocida la prima de riesgo como factor salarial, lo que conlleva a la reliquidación de sus prestaciones sociales, de allí que la decisión de primera instancia, deba ser revocada.

Ahora bien, para dar curso a lo manifestado y definido lo anterior, es menester advertir, que la disposición normativa contenida en el Art 4to del Decreto 2646 de 1994, es abiertamente inconstitucional, toda vez que va en contravía de postulaciones de orden constitucional, como lo es el Art. 53 de la C.P., en los términos jurisprudenciales antes referidos, considerando esta judicatura, que la decisión a adoptar, debe estar presidida, por la materialización de la excepción de inconstitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad<sup>16</sup>, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha detentado un juicio de

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2010. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver así mismo Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 22592. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4 superior<sup>17</sup>.

De allí que, siendo la excepción de inconstitucionalidad, el mecanismo judicial para inaplicar el Art. 4 del Decreto 2694 de 1994, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, como se dijo, **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia.

### **De la prescripción trienal declarada de oficio**

Es de precisarse, que la prescripción opera por efecto de la ley y el juez, puede decretar de oficio la figura consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>18</sup>, en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.<sup>19</sup> el cual señala, que “en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”.

Para este caso, se acota, que efectivamente la situación del demandante, no tuvo solución de continuidad, ya que al momento de ser suprimido el DAS, fue incorporado a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN<sup>20</sup>, lo que

---

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia. “**ARTÍCULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

<sup>18</sup> “**Artículo 41º.**- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

<sup>19</sup> “**Artículo 187. Contenido de la sentencia.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus...”

<sup>20</sup> Folio 103. El art. 6 del Decreto 4057 de 2011, textualmente señala: “Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de

permite afirmar, que la vinculación laboral es actual y no se vio interrumpida.

Sin embargo, tal eventualidad no desestima el acaecimiento de la figura de la prescripción trienal, toda vez que al constituirse la prima de riesgo como salario, la misma para ser reconocida y pagada, debió ser exigida en el término de tres (3) años, contado a partir de su acaecimiento.

Así las cosas, la Sala accederá al reconocimiento de la prestación salarial denominada prima de riesgo, pero declarará la prescripción trienal, de aquellos emolumentos causados, con anterioridad al 16 de julio de 2010<sup>21</sup>, como quiera que el demandante interrumpe el instituto en cita, a través de reclamación elevada, el día 16 de julio de 2013<sup>22</sup>.

**En resumen**, esta Sala de Decisión, procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 27 de enero de 2016, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo y en su lugar, (i) inaplicará por inconstitucional el Art. 4 del Decreto 2646 de 1994, (ii) declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG. N° 33539 de fecha 22 de julio de 2013, ordenándose la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la prima de riesgo y (iii) se declarará de oficio, la prescripción trienal de los emolumentos salariales, acaecidos con anterioridad al 16 de julio de 2010; conforme lo desarrollado en acápites precedentes.

### **3. Condena en costas.**

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del CGP, se condena en costas de ambas instancias, a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia.

---

*carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)".*

<sup>21</sup> Folios 19-20.

<sup>22</sup> Folios 19-20.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 27 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

*“(i) **INAPLICAR** por inconstitucional, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*(ii) **DECLÁRESE** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° DAS.SEGE.STH.GAPE.ABG. N° 33539 de fecha 22 de julio de 2013; en consecuencia, como medida de restablecimiento, se ordena a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN “UNP”, liquidar y pagar las prestaciones sociales a favor del señor GIOVANNI DE JESÚS PATERNINA REVOLLO, incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo, en los términos y porcentajes en que es reconocida a lo largo de la prestación de los servicios.*

*Dicha suma de dinero que resulta de la condena, se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula, en aplicación del art. 187 del CPACA:*

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

*(iii) **DECLÁRESE** de oficio la excepción de prescripción trienal, sobre las sumas causadas con anterioridad al 16 de julio de 2010, en virtud de lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.*

*(iv) De la suma reconocida, descuéntese los aportes dirigidos al sistema de Seguridad Social –Salud y Pensión-, en los términos dispuestos en la normatividad correspondiente”.*

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de ambas instancias, al ente demandado. El juez a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

**TERCERO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

**NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 123/2016

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**