



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2014-00104-00
DEMANDANTE:	GERMAN CIFUENTES CALDERÓN
DEMANDADO:	FIDUPREVISORA S. A. PATRIMONIO AUTÓNOMO¹
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de Junio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones²:

El señor **GERMAN CIFUENTES CALDERÓN**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS"**, con el objeto que se declare la nulidad del Oficio No. E-230007-201316770 de fecha septiembre 19 de 2013 y en consecuencia, se le reconozca la prima de riesgo como factor salarial.

Solicita, se le reliquiden todas las prestaciones teniendo en cuenta el valor real del salario, al ser incluida la prima de riesgo como parte del salario; y

¹ Sucesora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS".

² Folio 6 del cuaderno de primera instancia.

una vez reliquidadas, se obtenga la diferencia dejada de pagar y ordenar su cancelación previa indexación.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda³

Indicó el actor, que desde el 23 de abril de 2004, hasta el 31 de diciembre de 2011, laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", ocupando el cargo de Detective Urbano 208-06, recibiendo ascensos posteriores.

Señaló, que durante el tiempo que laboró para el DAS, nunca se le tuvo en cuenta el monto recibido por concepto de prima de riesgo, al momento de liquidarle sus prestaciones sociales.

Manifestó, que solicitó a la entidad suprimida, el reconocimiento de la prima como factor salarial y por ende, la reliquidación de sus prestaciones; petición que fue negada mediante Oficio No. E-230007-201316770 de septiembre 19 de 2013, el cual fue enviado el día 23 del mismo mes y año.

Anotó, que por lo anterior, solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la respectiva procuraduría, pero la entidad siguió negando lo pretendido.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 4, 13 y 29 de la Constitución Política; Decreto 1933 de 1989, Decreto 1137 de 1994, Decreto 2646 de 1994, artículo 127 de C. S. del T.

El demandante, fundamenta que en la condición de trabajador del DAS, se debió tener en cuenta la prima de riesgo a la hora de liquidar todas las prestaciones, pues, acogiéndose a los principios de igualdad y favorabilidad, no podía reconocerse un elemento como factor salarial en un solo evento, pero no para el resto de prestaciones, pues ello, vulneraría

³ Folios 1 - 6 del cuaderno de primera instancia.

el ordenamiento jurídico, desconociendo el artículo 4 de la Carta Magna, al tiempo que daría un trato desigual al pretender dar dos naturalezas jurídicas distintas, a un mismo elemento (prima de riesgo).

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La parte demandada FIDUPREVISORA S. A. PATRIMONIO AUTÓNOMO (Sucesora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS"), 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 eran ciertos, excepto el cuarto que no le constaba y el sexto, que no era un hecho.

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

Presentó como excepciones previas las de caducidad e inepta demanda; y las de fondo: inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación, buena fe del extinto DAS, prescripción trienal y la genérica.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 30 de junio de 2017, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y a su vez, declaró la nulidad del acto acusado, ordenado, a título de restablecimiento del derecho, que la FIDUPREVISORA S.A., patrimonio autónomo, en su condición de sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, reliquide las prestaciones sociales del actor Germán Cifuentes Calderón, con la inclusión de lo devengado por concepto de prima de riesgo, por el tiempo

⁴ Folios 168 - 177, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 226 - 236 del cuaderno de primera instancia.

laborado como detective de dicha entidad, comprendido entre el 23 de abril de 2004, hasta el 31 de diciembre de 2011.

Declaró probada la excepción de prescripción trienal propuesta por la parte demandada, sobre los mayores valores que resulten de la reliquidación de las prestaciones sociales.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que de acuerdo al estudio realizado a la normatividad atinente, así como de los pronunciamientos judiciales del Consejo de Estado y de este Tribunal, no había duda que la prima de riesgo que devengó el señor German Cifuentes Calderon, bajo el tiempo que estuvo en la planta de cargos del extinto DAS, si reunía la condición de ser constitutiva de salario, en el entendido que la naturaleza de dicha prima era retribuir de manera directa el riesgo latente que las actividades desarrolladas por dicho personal entrañaba, debido a la peligrosidad de las actividades que éstos efectuaban y por ende, ante el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades de las relaciones laborales, debía inaplicarse por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, que expresamente señalaba que la prima de riesgo no era factor salarial.

Así mismo, indicó el Juez, que el actor presentó la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, el 16 de septiembre de 2013; por lo que entonces tenía derecho a que se le reliquidaran y pagaran los mayores valores generados en cuanto a las prestaciones sociales, causadas entre el 16 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2011, encontrándose prescrita la reclamación atinente a las causadas entre el 23 de abril de 2004, al 15 de septiembre de 2010.

1.5.- El recurso⁶. La parte demandada, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

⁶ Folios 245 - 250, del cuaderno de primera instancia.

Argumentó la parte recurrente, que si bien los empleados que ejercían funciones en el DAS, se les aplicaba un régimen especial y no el general, por ser más beneficioso, ello no significaba que tenían que constituir un híbrido tomando las normas de ambos regímenes, para tratar de obtener un mejor derecho. O se liquidaba de una forma o de otra. En este caso se aplicaría lo dispuesto en el régimen especial que cubría al actor en su pretensión, pues, se violaría el principio de inescindibilidad de la norma, ya que el principio de favorabilidad aplicaba, pero sujetándose a la norma más favorable en toda su extensión, es decir, tanto lo que más favorecía al trabajador, como a lo que no era tan beneficioso del sistema.

Adujo, que el A-quo efectuaba una aplicación jurisprudencial distinta a la esbozada en la jurisprudencia citada, por cuanto aquella se refería a la vocación que tenía la prima de riesgo como factor para la liquidación de pensión en virtud de lo normado por el Decreto 1848 de 1969; y el tema a abordar en este caso, no se trataba de la resolución de un tema pensional.

Indicó, que la normatividad establecía claramente que dicha prima especial no constituía factor salarial, lo cual era corroborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ende, se concluía, que si bien el legislador estableció la prima de riesgo indicando expresamente que esta no constituía factor salarial, ello no comprometía los derechos mínimos e irrenunciables establecidos en la Constitución – artículo 53, y mucho menos era aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, por cuanto la realidad era que dicha prima, por expresa disposición legislativa, no constituía factor salarial.

Por otro lado anotó, que el Juez condenó a la entidad como parte vencida al pago de costas procesales, pero no sometió su decisión a criterios objetivos, verificables, comprobables, que le permitieran determinar una causa justificativa de la condena en esa instancia.

Finalmente aclaró, que la entidad en ningún momento ha actuado temerariamente, ni con mala fe. Al contrario, de conformidad con el principio constitucional y el deber legal del derecho a la defensa de la entidad pública, había actuado dentro de las fronteras de la lealtad procesal y razonabilidad en sus actuaciones procesales, siempre atentos a todos los requerimientos dados por el juez.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 3 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁷.
- En proveído de 31 de octubre de 2017, se dispuso correr traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- La parte demandante⁹, alegó en esta instancia procesal, sosteniendo que la prima de riesgo de los empleados del extinto DAS, si gozan del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2648 le niegue tal condición, en la medida en que la referida prima constituye en forma visible una retribución directa constante. Y arguye, que en el precedente del Consejo de Estado, se encuentran acreditados los supuestos de hecho para inaplicar por inconstitucional, la norma especial contenida en el artículo 4 del Decreto No. 2649 del 29 de noviembre de 1994.

Por otro lado, alegó el actor que su incorporación a la Fiscalía General de la Nación, fue hecha sin solución de continuidad, por lo que su derecho seguía vigente y por tanto, se le debía reliquidar las cesantías con la inclusión de los devengado pro prima de riesgo en el extinto DAS, desde la fecha de su ingreso hasta el 31 de diciembre de 2011.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 13 – 20, cuaderno de 2ª instancia.

- La parte demandada, Departamento Administrativo de Seguridad- DAS- en supresión, a través de la Fiduprevisora S.A.¹⁰, alegó que los conceptos reclamados por la parte actora (reliquidación de las prestaciones con la inclusión del 35% de la prima de riesgo), no se podían considerar prestaciones periódicas, que lo habilitaran para demandar en cualquier tiempo, porque desde el mismo instante en que dejaron de cancelarse con ocasión de su retiro de la entidad, esto es, 31 de diciembre de 2011, perdieron cualquier connotación.

Así entonces, arguyó, que las prestaciones pretendidas por el demandante no se encontraban revestidas de periodicidad, en razón de la ausencia de la vigencia en la prestación del servicio y cualquier eventual periodicidad en los conceptos pretendidos, desapareció con su retiro de la entidad, lo que quería decir que quedaba sometido a la regla procesal de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento.

Solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, pues, en virtud de la libertad de configuración legislativa en material laboral, no resultaba violatorio que el Decreto 2646 de 1994 hubiere excluido la prima de riesgo que devengaban los funcionarios del extinto DAS como factor salarial, aunado a que el carácter de periodicidad de la prestación no podía considerarse vigente y se debía aplicar la regla general de caducidad de la acción.

- 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

¹⁰ Folios 21 - 23, cuaderno de 2ª instancia.

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. 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 2010¹¹, 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 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”.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente con radicación interna 0568-08. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 2013¹², 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 tenida 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 a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

¹² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente con radicación interna 0070-2011. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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 2015¹³, refirió:

"Examinado lo anterior y las inconformidades de la actora, se considera necesario aclarar que si bien es cierto que la

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente con radicación N° 2014-04249-00. C. P. Dra. María Elizabeth García González.

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 2015¹⁴, en la cual se señaló:

"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.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente con radicación N° 2014-04249-01. C. P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

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 confirmada.

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 inconstitucionalidad¹⁵, 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 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 superior¹⁶.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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."

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, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia.

2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo, implementado con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 - Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.

*Se entiende por costas, "la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas"*¹⁷.

Por lo tanto, las costas procesales se traducen en una medida desventajosa para aquel, que fue vencido en un procedimiento judicial en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, en torno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional, abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de la historia legislativa del país, destacando un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo, caracterizado por el solo hecho de ser vencido¹⁸, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa, que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. 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 Código de Procedimiento Civil”.

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”¹⁹, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso²⁰, el cual no determina una condición subjetiva para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público²¹.

¹⁸ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁹ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²⁰ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”

²¹ Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales²², la determinación de condenar en costas bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA, en donde además, se debe liquidar en la sentencia, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

Acorde con lo antes anotado, y en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el A quo, se estima, que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad, las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada, debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere, en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el juez, no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

En consecuencia, se tendrá por no prosperó, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de ahí, que no hay lugar a revocar la decisión recurrida, en tal sentido.

2.4. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA. En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la

²² Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

parte demandada y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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: CONFIRMAR la sentencia de 30 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

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.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0053/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA