



Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2014-0057-01
Demandante	Edwin Machacon Álvarez
Demandado	Departamento Administrativo de Seguridad -DAS - U.A.E. Migración Colombia.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 24 abril de 2017, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las súplicas de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (f. 1- 16).

a). Pretensiones:

El demandante solicitó lo siguiente:

"1. Que previa inaplicación del artículo 4° del Decreto No. 2646 de 29 de noviembre de 1994, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenido en el artículo 53 C.N., 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, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS (EN PROCESO DE SUPRESIÓN), se declare la nulidad del acto administrativo particular número E-2310,18-201318074,, notificado el 16/10/2013, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la denominada "prima de riesgo".

2. Consecuentemente, a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas, legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e interese a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidado todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima d riesgo.

3. Que la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

4. Que se condene en costa a la entidad demandada.



b. Hechos.

El demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Laboró como Detective 07 del área operativa, para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 22 de marzo de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Devengada una asignación básica de \$1.162.194 además se le cancelaba una prima de riesgo equivalente al 35% del sueldo básico.

El 04 de octubre de 2013, solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgos prevista en el Decreto 2646 de 1994, y que se reajustaran y pagaran todas sus prestaciones sociales. Solicitud que fue negada mediante oficio número E-2310,18-201318074, notificado el 16 de octubre de 2013.

c). Normas Violadas

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 53 y 93 de la Constitución Política; 127 del C.S.T.; 14 de la Ley 50 de 1990; y los Decretos 1933/89 (artículo 4); 132/94, 1137/94 y 2646/94.

Sostuvo que el artículo 53 de la Constitución Política incorpora los conceptos de salario, primacía de la realidad sobre las formas, y los principios de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales.

Se entiende por salario todas las sumas pagadas de manera habitual, y generada como contraprestación de la labor ejecutada por el empleado, sin importar las denominaciones asignadas por la Ley o las partes contratantes.

El artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala que los factores que constituyen salario, además de la remuneración fija o variable, es todo aquello que percibe el trabajador de forma habitual y como contraprestación directa del servicio indistintamente de la denominación que se le pretenda dar.

Sostuvo que la prima reclamada fue pagada de forma habitual y periódica por la labor de peligro que desempeñaba, la cual tuvo su origen en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, posteriormente fue reglamentada por los Decretos Nos. 132 de 1994, 1137 de 1994 y finalmente, por el Decreto 2646 de 1994.

El Consejo de Estado en Sentencia del 1 de agosto de 2013, unificó los criterios en torno a la prima de riesgo pagada a los empleados del DAS, y consideró que la misma constituye factor salarial y hace parte del ingreso base de liquidación e ingreso base de cotización





3.2. Contestación. (fs. 51 - 65)

El extinto DAS se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima que trata el artículo 2 del Decreto 1933 de 1989 y 132 de 1994.

El artículo 1° del Decreto 132 de 1994 estableció que los servidores públicos que presten servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y precisa que la misma no tendrá carácter salarial. Esta norma no puede ser interpretada so pretexto de consultar su espíritu,

La Sentencia C - 279 de 1996 de la Corte Constitucional estableció que, el hecho de considerarse que los pagos de las primas técnicas y especiales no son factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que ha adquirido ante la comunidad; y trajo a colación diferentes sentencias del Consejo de Estado, de acuerdo con las cuales la prima reclamada no constituye factor salarial.

La periodicidad y habitualidad de los pagos no son suficientes para determinar un factor como elemento constitutivo de salario, pues adicionalmente ese factor debe entenderse como contraprestación directa a las labores que cumple el trabajador, aunque las normas no lo contemplen.

Finalmente citó Sentencias del Consejo de Estado las cuales han indicado que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

IV.- FALLO IMPUGNADO. (f. 117 - 133)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 24 abril de 2017, resolvió:

"PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucionalidad en este proceso, el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 para el caso concreto del reconocimiento y pago de la prima de riesgo como factor salarial deprecada por el señor Edwin Machacon Álvarez, identificado (...), frente a la Nación - Unidad Administrativa de Migración Colombia, por las precisas razones de la considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio E-2310,18-2013-18074 de 09 de octubre de 2013, proferido por la Subdirectora de Talento Humano DAS en proceso de supresión, que negó el pago de las prestaciones sociales con la inclusión del 35% de la prima de riesgo como factor salarial, solicitada por el señor Edwin Machacon Álvarez, identificado (...).



TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación – UAE Migración Colombia a reconocer y pagar al demandante Edwin Machacon Álvarez, (...) la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir, a partir del 8 de octubre de 2010 y las que se causen a futuro, tomando en cuenta el salario base y sin deducir en el computo la denominada prima de riesgo(...)

CUARTO: Declarado probada de oficio la excepción de prescripción respecto de conceptos salariales y prestacionales dejados de percibir con anterioridad al 8 de octubre de 2010, por lo expuesto en la considerativa de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas. (...)"

El A quo manifestó que en el presente caso se encuentra acreditado los supuestos de hecho para inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4º del Decreto No. 2646 de 1994, por medio de la cual se creó la prima de riesgo, por ser manifiestamente contraria a la Constitución Política.

El actor se desempeñó como Detective 208-07 del extinto DAS y percibía de manera periódica una prima de riesgo equivalente al 35% de la asignación básica, y por ello, tiene de derecho a que sea tomada en cuenta para la reliquidación de sus prestaciones sociales.

Alegó además que el accionante solicitó la reliquidación de sus prestaciones sociales el 08 de octubre de 2013, por lo que se entienden prescritas las causadas con anterioridad al 08 de octubre de 2010.

V.- RECURSO DE APELACIÓN (141 – 147).

El apoderado de la parte demandante manifestó que la declaración de prescripción trienal no puede recaer sobre los tiempos que se reconocen por concepto de cesantías, de conformidad a los pronunciamientos del Consejo de Estado, que indican que las cesantías es una prestación social de la cual solo puede disponer el trabajador, hasta tanto haya terminado el contrato de trabajo que lo liga con su empleador, por lo que ese término prescriptivo debe iniciarse a la terminación del vínculo laboral.

Para el caso de los exfuncionarios del extinto D.A.S., si bien la entidad se suprimió, los mismos fueron incorporados a otras entidades públicas a las que aún continúan vinculados, por lo que en realidad se originó fue una sustitución patronal y no una terminación de la relación laboral.

Citó en su apoyo Sentencias del Consejo de Estados proferidas el 22 de enero de 2015, 25 de agosto de 2016 y algunas proferidas por Tribunales Administrativos el país.





Señaló además que se debió condenar en costas a la parte demandada, porque el artículo 188 del CPACA indica que en la sentencia se dispondrá sobre las costas, las cuales se registrarán por el C.G.P. el cual señala que se condenará en costas a la parte vencida del proceso.

El Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, replanteó el criterio para condenar en costas y adujo que debe tenerse en cuenta un criterio objetivo.

VI.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 21 de noviembre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (f. 158) y por providencia del 13 febrero de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 163).

La parte demandante reiteró lo expuesto en su recurso de apelación (f. 165 – 172).

La parte demandada no alegó de conclusión.

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII. - CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.





8.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar **a)** si la prescripción trienal de las prestaciones sociales del actor debe recaer sobre las cesantías y **b)** si la condena en costas debe imponerse con un criterio objetivo.

8.3 Tesis de la Sala.

- La prescripción de las prestaciones sociales del actor no debe comprender la reliquidación de las cesantías del demandante porque, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, a las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

- La condena en costas en vigencia del CPACA y el C.G.P., deben imponerse con base en un criterio objetivo.

8.4. Marco normativo y jurisprudencial sobre reconocimiento de la prima especial de riesgo.

En cuanto al régimen prestaciones aplicable a los funcionarios del extinto D.A.S., es preciso indicar que varias normas han regulado la materia.

La prima de riesgo es una prestación social prevista para aquellos trabajadores que por la naturaleza peligrosa del cargo, reciben un porcentaje adicional por sus servicios prestados, y fue creada por el artículo 4º del Decreto N° 1933 del 28 de agosto de 1989, el cual señaló que tienen derecho a percibirla los funcionarios pertenecientes a las áreas de la 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, además de establecer el porcentaje de la misma, de la siguiente manera:

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

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

El Decreto N° 132 del 17 de enero de 1994 otorgó a los servidores públicos que prestaban servicios de conducción a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, y estableció que la misma "no tendrá carácter salarial".





El Decreto 1137 de 1994 le dio carácter permanente a la prima de riesgo para los empleados del extinto DAS, que desempeñaran cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores, equivalente al 30% de la asignación básica mensual y señaló que no constituye factor salarial, así:

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

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

El Decreto 2646 de 1994, dispuso el pago de la prima de riesgo a los funcionarios del DAS, y señaló que no constituía factor salarial, así:

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

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

Con apoyo en los antecedentes normativos señalados, la jurisprudencia del Consejo de Estado negó inicialmente el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial. Pero, después de diversos pronunciamientos en ese sentido, la Sección Segunda, a través de la Sentencia SU de 01 de agosto de 2013, con radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, cambio la tesis anterior y reconoció que la prima de riesgo sí constituye factor salariable, con apoyo en los siguientes argumentos:

"(...) la noción de prima como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo implican un aumento en su ingreso laboral, es así como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un plus en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia sea o no definido su carácter salarial, prestacional, o simplemente bonificadorio. Por consiguiente la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público. (...)"

(...)La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010 Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso





a una interpretación que atiende a la tesis¹ mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73² del Decreto 1848 de 1969.

Así se advierte en la providencia en cita:

"De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

(...)En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo" (Negrilla fuera de texto).

En este mismo sentido, esta Sección en sede de tutela ha mantenido invariable la tesis antes expuesta, en la que se considera la prima especial de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Así se observa en las siguientes providencias:

Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 2011-01438-00 MP. Alfonso Vargas Rincón, en la que se precisó:

"(...) Como se indicó en la jurisprudencia transcrita, ésta debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación, circunstancia que el Tribunal desconoció, pues limitó la liquidación a los factores establecidos en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

Visto lo anterior, la Sala concluye que se vulneró el derecho a la igualdad al desconocer el precedente judicial de esta Corporación, lo que conlleva a otorgar un trato desigual a personas que adelantaron acciones con idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los cuales debían conducir al juez al mismo razonamiento y conclusión (...)"

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"

¹ Concretamente en lo que se refiere a los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional prevista en la Ley 33 de 1985. Ver sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

² "ARTICULO 73. CUANTIA DE LA PENSION. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado."





El reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, examinado en la sentencia anterior con el propósito de incluirla en el ingreso base de liquidación, utilizado para la liquidación de pensión de jubilación, se extendió al reconocimiento de todas las prestaciones sociales.

En efecto, el Consejo de Estado se refirió al tema de la procedencia de la reliquidación de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas, en Sentencia de 27 de enero de 2011, con radicado número: 25000-23-25-000-2005-08547-01, de la siguiente manera:

"La Sección Segunda mediante sentencia del 4 de agosto 2010 rectificó y unificó la posición anterior, y sostuvo que el restablecimiento del derecho no podía limitarse a los años 1998, 1999 y 2001, sino que debía extenderse a los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001. Esto porque la consecuencia de la anulación de las normas que negaban el carácter salarial del 30% que percibían los funcionarios a título de prima espacial, no es otra que la de incluir ese porcentaje en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor".

8.5. Marco normativo y jurisprudencia sobre condena en costas en vigencia del C.P.A.C.A., y el C. G. P.

La doctrina define el concepto de **costas procesales** como los gastos que se deben sufragar en el proceso, e incluye **1) las expensas** que son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc., y **2) las agencias en derecho** que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez puede reconocer a favor de la parte vencedora.

El Código General del Proceso, siguiendo esa conceptualización estableció en el artículo 361 lo siguiente:

"Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho".

En cuanto a las costas procesales el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A., establece:

"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."

Del artículo mencionado se infiere, en primer lugar, que en los procesos en que no se ventile un interés público no se dispondrá sobre la condena en costas y establece que en los demás casos, en la sentencia el juez "dispondrá sobre la





condena en costas", esto es, se pronunciará sobre la materia indicando si procede o no dicha condena.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P. establece:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. 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. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

En la jurisdicción contencioso administrativa se han adoptado históricamente varios criterios relacionados con la condena en costas a la parte vencida que van desde la prohibición de dicha condena, a la autorización de la misma atendiendo la conducta procesal de la parte vencida (criterio subjetivo), hasta llegar a la adopción de un criterio objetivo.

Este Tribunal ha venido acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia que, recientemente, en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario





Mendoza Parra, explicó la evolución normativa de la condena en costas y adoptó criterios para su aplicación, que se transcriben en extenso:

"De la condena en costas"

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁸ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP,⁹ y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado¹⁰ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007.¹¹

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.¹²

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes: a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.¹³

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.¹⁴

b- De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a. Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales.¹⁵

Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC,¹⁶ modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.¹⁸



b. Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes.¹⁹ Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999,²⁰ en la cual se precisó lo siguiente: 16

" [...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]"

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión "[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]" del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.²¹

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que "[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre).

[...] " Y que "[...] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado [...]". Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional,

"[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]" tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.²²

c. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 ibídem, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.





En efecto, desaparece de la actual regulación la obligación de tener "[...] en cuenta la conducta asumida por las partes [...]". Es decir, en este caso el legislador introduce una modificación en la redacción que no puede pasar desapercibida para el intérprete, dada la misma evolución normativa y jurisprudencial ya reseñada.

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]" (negritas fuera de texto).

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto,²³ para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión (...).

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCAA a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales, en la medida que adoptan un criterio objetivo para decidir la condena en costas procesales, desvirtúan los argumentos de la parte demandada, orientados a demostrar que su imposición depende de que haya obrado de mala fe o con temeridad.



8.6. Sobre la prescripción de la reliquidación de las cesantías

El tema enunciado fue objeto de sentencia de unificación de jurisprudencia CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad.: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), cuyas conclusiones se transcriben a continuación y serán acogidas por la Sala para decidir el caso en estudio:

"...Ahora bien, diferentes tesis se han planteado en relación con la extinción del derecho a las cesantías, así: i) según la cual, mientras la relación laboral se encuentre vigente, no se produce la extinción de las mismas, sino que el término prescriptivo empieza a correr a partir de la ruptura del vínculo laboral; ii) la que predica que se aplica la prescripción extintiva del derecho al transcurrir 3 años sin hacer la reclamación, sin consideración a la terminación de la relación laboral, y iii) la que sostiene que se trata de un derecho imprescriptible.

(...) Los distintos enfoques sobre la materia, hacen necesaria la definición de una postura unificada, previo el siguiente análisis:

Las dos primeras tesis, aludidas previamente, suponen la aplicación del término de prescripción de 3 años, previsto en diferentes disposiciones legales de carácter laboral, no obstante, ninguna de esas normas consagra el derecho a las cesantías como prestación a favor del trabajador.

El derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador y aunque su causación en principio se condicionó a periodos de 3 años¹²¹, los parámetros para su reconocimiento siempre estuvieron directamente relacionados con el retiro del servicio.

La justificación de esa sujeción, está orientada por dos razones fundamentales, la primera de ellas, porque como su nombre lo indica, tiene relación con el estado "cesante" del empleado, pues su reconocimiento y pago tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral y la segunda de ellas, porque su reconocimiento se consagró con el régimen de retroactividad, dentro del cual la liquidación se realizaba con base en el último salario recibido por el trabajador al momento de finiquitar su vínculo laboral.

Y aunque procedían los pagos parciales¹²², la liquidación que se realizaba para ese efecto no era definitiva, pues solo adquiría este carácter cuando terminaba la relación laboral, es decir, cuando el empleado quedaba cesante, momento en el cual se efectuaba la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

Una vez reconocido y pagado ese derecho, ingresaba al patrimonio del empleado y por ende, se trataba de un derecho "imprescriptible", pues seguía reputándose como titular del mismo indefinidamente, sin que se pudiera alegar su extinción.

Al respecto, valga precisar que las cesantías constituyen un "ahorro" del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento — prestación — causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.





Para dar un mejor entendimiento al anterior planteamiento, se ha de recurrir al siguiente análisis:

Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente⁽¹¹⁾. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un "ahorro" en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley⁽¹²⁾, será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. - No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. - En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.



8.7. Caso concreto.

8.7.1. Lo probado dentro del proceso

La Sala encuentra probado lo siguiente:

- Que el demandante se desempeñó Detective Profesional 208-07 desde el 22 de marzo de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2011, y devengaba a parte de la asignación básica, una prima de riesgo equivalente al 35% dicha asignación.(fs. 24).
- Que el actor solicitó el 04 de octubre de 2013 al DAS el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial, y el reajuste y pago de sus prestaciones sociales (fs. 18 -19).
- Que el DAS, mediante el oficio No. E-2310,18-201318074 del 11 de octubre de 2013negó la solicitud anterior (fs. 20).

8.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Confrontando el marco jurídico frente a lo probado en el proceso, la Sala concluye lo siguiente:

- Como en el proceso se probó que el actor se desempeñó como Detective Profesional 208-07; que durante el desempeño del cargo percibió la prima de riesgo con carácter permanente, equivalente al 35% de la asignación básica mensual; y dicha prima es un factor salarial, entonces tiene el derecho a que sea incluida como tal al momento de reliquidar sus prestaciones sociales.

Por las razones antes expuesta, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió las pretensiones de la demanda, salvo en lo que se refiere a la prescripción extintiva declarada por el A- quo, que no podrá comprender la reliquidación de las cesantías del demandante porque, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho del pago a la cesantía, dada su naturaleza, está llamado a reclamarse y a hacerse efectivo una vez el demandante queda desvinculado del cargo, por lo cual su prescripción extintiva solo puede comenzar a contarse cuando el empleado queda cesante; y de acuerdo con lo probado en el proceso el demandante no ha perdido la condición de empleado estatal.

- Por último, en vista de que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para condenar en costas se debe aplicar un criterio objetivo, al resultar vencida la parte demandada en primera instancia, el juez debió condenarlo en costas, y como no lo hizo se modificará en ese sentido la sentencia apelada.





8.8. Costas en segunda instancia.

La Sala, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto.

En el presente caso, como el recurso de apelación de la parte demandante fue resuelto favorablemente la Sala se abstendrá de condenarlo en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. FALLA

PRIMERO: Modificar los numerales cuarto y quinto de la sentencia apelada, los cuales quedarán así:

CUARTO: *Declarado probada de oficio la excepción de prescripción respecto de conceptos salariales y prestacionales dejados de percibir con anterioridad al 8 de octubre de 2010, excepto las cesantías del actor, por lo expuesto en la considerativa de esta providencia.*

QUINTO: Condénese a la parte demandada en costas, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el procedimiento establecido en el Código General del Proceso, una vez en firme la presente providencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

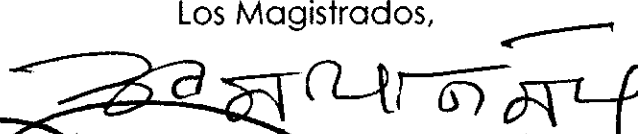
TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

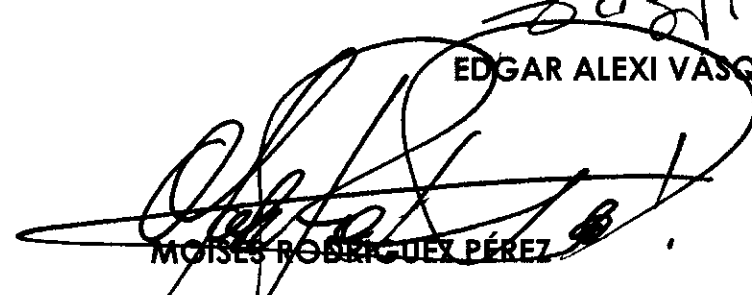
CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


MOISES RODRIGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE