**PRIMA DE RIESGO DE LOS MIEMBROS DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - No constituye factor salarial / PRIMA DE RIESGO DE LOS MIEMBROS DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - No puede incluirse como factor salarial para liquidar su pensión de jubilación.**

Descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que la parte demandante pretende se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de riesgo devengada en el último año de prestación de servicios. Considera la parte actora en sede de apelación que, de acuerdo a los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, acogidos además por esta Corporación, la prima de riesgo si constituye un factor salarial para los funcionarios del INPEC, de tal manera que no puede ser excluida del ingreso base de liquidación. Al respecto, la Sala anticipa que el fallo recurrido debe confirmarse, pues para la liquidación de la prestación del actor, debe acudirse a los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, es decir, que su aplicación se hace de manera taxativa y por ende no es posible la inclusión de la prima de riesgosolicitada en el recurso de apelación. Sumado a lo anterior, conforme el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, esta no constituye factor salarial. Conviene anotar que mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado, encontró ajustado a derecho el referido artículo 11 del Decreto 446 de 1994, a lo cual consideró que: *“*el esquema de competencias determinado por el constituyente para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos conduce a concluir que el Gobierno tiene la facultad para determinar la incidencia prestacional de un emolumento creado por este”. Así mismo, frente al cargo de nulidad relativo al desconocimiento de lo ya regulado en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, señaló que “no todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales e indemnizaciones, es decir, que nada impide que se excluyan determinados factores para esos efectos no obstante su naturaleza salarial y sin que por ello pierdan tal naturaleza”. Así, esa Corporación corroboró la regla según la cual la prima de riesgo no tiene carácter salarial para el cálculo de otras prestaciones sociales, como la pensión. Si bien es cierto, como lo señaló el demandante en sede de alzada, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que había sido adoptada por este Tribunal, avalaba la inclusión de dicha prima como factor salarial en el ingreso base de liquidación de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, no lo es menos que, la Alta Corporación varió su posición, en el sentido de afirmar que dicho emolumento no debe ser tenido en cuenta en el IBL pensional. El Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018, modificó su posición respecto a la inclusión de factores salariales no enlistados en la normatividad aplicable. Al respecto señaló: (…) A su vez, con sentencia del 25 de abril de 2019, la Sección Segunda señaló lo siguiente al resolver un recurso extraordinario de revisión: (…) 74. Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala quela prima de riesgo al no figurar como factor liquidable para la pensión de acuerdo al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 aunado al hecho de carecer del carácter de factor salarial, no resulta computable para la reliquidación pensional pretendida (…)”. Así las cosas, contrario a lo señalado por la recurrente, se tiene que la tesis actual del Consejo de Estado se dirige a respetar el diseño normativo de la prima de riesgo, según el cual esta carece de naturaleza salarial y por ende no puede ser tenida en cuenta para efectos de la liquidación pensional. Es de resaltar que dicha providencia, al tratarse de una sentencia emitida en sede de revisión, tiene rango de unificación en los términos del artículo 270 del CPACA. Cabe anotar que, de igual forma dicho entendimiento ha variado en los últimos años al interior de este Tribunal, pues ha sido pacifica la posición de excluir la prima de riesgo en la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores del régimen especial del INPEC, tal y como se advierte en las siguientes providencias: *(i)* de 24 de febrero de 2021, radicado:15001-33-33011-2018-00215-01, M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana *(ii)* de 25 de marzo de 2021, radicado:15759-33-33-001-2019-00017-01, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros; *(iii)* de 23 de febrero de 2022, radicado:15238-33-33-0012019-00115-02, M.P. Beatriz Teresa Galvis Bustos; y, *(iv)* de 26 de abril de 2022, radicado:150013333-011-2017-00153-01, M.P. Fabio Iván Afanador García. Ahora, es preciso indicarle a la parte actora que la sentencia de unificación de 1° de agosto de 2013 citada en los argumentos del recurso de apelación, no resulta ser un precedente aplicable plenamente al actor, en la medida que en ese pronunciamiento jurisprudencial se estudió el régimen pensional de los ex funcionarios del DAS, más no el régimen pensional de los empleados del INPEC. De modo que, en el caso concreto, aun cuando quedó demostrado que el demandante devengó habitual y periódicamente la prima de riesgo en el último año de servicio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, según certificación expedida por el pagador de la Penitenciaria Nacional de Tunja, ello no es razón para otorgarle connotación salarial que pueda ser tenida en cuenta para la reliquidación pensional a la luz de la nueva postura jurisprudencial del Consejo de Estado en esa temática. Por estas razones expuestas, se confirmará el fallo impugnado, que negó el reconocimiento de dicha prima como factor para la reliquidación pensional demandada.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333003201900050021500123> |

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN NO. 3**

**MAGISTRADO PONENTE: DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

Tunja, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 15001-3333-003-2019-00050-02  |
| **Medio de control:**  | Nulidad y Restablecimiento del Derecho  |
| **Demandante:**  | Víctor Manuel Saavedra Suesca  |
| **Demandado:**  | Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales– UGPP-  |
| **Tema:**  | Sentencia de segunda instancia  |

1. Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante[[1]](#footnote-1), contra la sentencia proferida en desarrollo de la audiencia inicial el 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual, se negó las pretensiones de la demanda2.

1. La Sala es competente para proferir esta providencia a la luz de lo dispuesto en los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011, porque en ella se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por un juzgado que conoció el proceso en primera instancia en razón a la cuantía estimada en la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

# 1. La demanda[[2]](#footnote-2)

##  1.1. Las pretensiones

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Víctor Manuel Saavedra Suesca presentó demanda en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales– UGPP-, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 021647 de 08 de junio de 2016 y 036049 de 27 de septiembre de 2016, que negó la reliquidación de la pensión del demandante, con inclusión del **factor salarial de prima de riesgo** y se resolvió el recurso de apelación, respectivamente.

1. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que el actor tiene derecho a que se ordene el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, liquidada con el 75% de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, incluyendo la prima de riesgo, que corresponde desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 1994, conforme la Ley 32 de 1986, Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1. Así mismo pidió que se pague las diferencias causadas desde el 1º de enero de 1995, con la debida indexación mes a mes y que se dé cumplimiento a la sentencia en el término previsto en los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

##  1.2. Los hechos

6. Los hechos de la demanda se edificaron, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

* El señor Saavedra Suesca, prestó sus servicios en el INPEC desde el 15 de febrero de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1994.

* Cajanal EICE, mediante Resolución 006529 de 25 de julio de 1994, le reconoció al actor una pensión de jubilación, en cuantía de $175.343, efectiva a partir del 13 de octubre de 1993, condicionada a demostrar retiro del servicio. Dicha prestación se liquidó con los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como: asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones.

* A través de la Resolución 017887 de 31 de diciembre de 1996, reliquidó la pensión por retiro del servicio, elevando la cuantía a $192.586, efectiva a partir del 1 de enero de 1995.

* Luego, mediante Resolución UGM 059150 de 26 de noviembre de 2012, en cumplimiento de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se reliquidó la pensión teniendo en cuenta asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, sobresueldo y prima de vacaciones. Así, se elevó la cuantía a $244.809, efectiva a partir del 1 de enero de 1995.

##  1.3. Las normas violadas y concepto de violación

1. Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución; artículo 10 del Código Civil; artículo 5 de la Ley 57 de 1987; Ley 32 de 1986; Decretos 1743 de 1966, 1302 de 1978 y 070 de 1986; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 4 de 1966; artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1. Afirmó, en síntesis, que la entidad a través de los actos administrativos impugnados negó la inclusión de la prima de riesgo, pese a que fue devengado en el último año de servicios. Agregó que es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que determina que para los empleados del INPEC, la prima de riesgo es factor salarial.

# 2. Contestación de la demanda[[3]](#footnote-3)

1. En oportunidad, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en las siguientes razones.

1. Indicó que los actos administrativos impugnados se encuentran conforme a derecho, pues fueron proferidos en estricta sujeción a los parámetros de la Ley 32 de 1986. Relató que el demandante laboró para el INPEC en el cargo de dragoneante hasta el 15 de febrero de 1993, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se liquidó el derecho pensional conforme las previsiones de la mencionada Ley 32 de 1986.

1. Señaló que, para efectos del reconocimiento pensional, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que a la fecha de entrada en vigencia (21 de febrero de 1994), se encontraban prestando sus servicios al INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la mencionada Ley 32 de 1986.

1. Adujo que dicho régimen no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación, así, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional, esto es, las Leyes 32 y 65 de 1985. Si se atendiera el factor pretendido, con base en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985), resaltó que la prima de riesgo no se encuentra allí enlistada, sumado a que no se realizaron los aportes al SGSS.

1. Conforme el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, se tiene que la prima de riesgo no constituye factor de salario y no es posible incluirla en el IBL, tal y como lo estableció el Consejo de Estado en sentencia de 27 de enero de 2011, dentro del radicado 15001-2331-000-2001-02453-01. Si bien la misma corporación en sentencia de unificación de 1 de agosto de 2013 ordenó su inclusión, el análisis allí adelantado se limitó a los empleados del DAS.

1. Reiteró que la prima de riesgo no se encuentra entre los factores reconocidos por la Ley, no tiene relación directa con el servicio y no todo emolumento recibido por el trabajador constituye salario, ni se constituye en factor salarial. Hizo alusión a la sentencia C-258 de 2013 emitida por la Corte

Constitucional, en la que se aludió que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remuneratorio o si sobre estos se realizó cotización al SGSS es inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad.

1. Finalmente, presentó las excepciones que denominó: *“cosa juzgada”, “inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”, “inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”* y *“prescripción de mesadas”.*

# 3. La sentencia de primera instancia[[4]](#footnote-4)

1. El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, resolvió:

“**PRIMERO.- Declarar probadas** las excepciones de fondo propuestas por la UGPP denominadas *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”,* e  *“inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”*.

**SEGUNDO.- Negar** las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.-** Sin condena en costas”.

1. La *a quo* se refirió al marco jurídico y jurisprudencial del régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, para efectos de determinar si al demandante le es aplicable el régimen pensional previsto para los funcionarios del INPEC y establecer si su pensión de jubilación debía liquidarse teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación de la Ley 32 de 1986.

1. En el caso en concreto, indicó que no cabe duda que el actor devengó durante el último año de servicios la prima de riesgo, no obstante, tal emolumento no se encuentra enlistado dentro de los factores salariales indicados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Indicó que el mismo fue creado por el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, el cual estableció que no tiene carácter salarial.

1. Adujo que con la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado el 28 de noviembre de 2019, radicado 15001-3333-003-2017-00125-00, se indicó que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por considerar que: (i) el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, que es la norma que regula la prima de riesgo para los integrantes del INPEC, de forma categórica indica que no constituye factor salarial; (ii) no es un emolumento que se encuentre enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; (iii) algunas posiciones actuales dentro del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Boyacá, apuntan a señalar que la prima de riesgo para los ex miembros del INPEC no constituye factor salarial para efectos de liquidar la pensión; y (iv) el actor de aquella oportunidad no demostró haber realizado aportes sobre la prima de riesgo.

1. En tal sentido, concluyó que la prima de riesgo no constituye factor salarial en la liquidación pensional de los ex integrantes del INPEC, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

# 4. La apelación[[5]](#footnote-5)

1. La apoderada judicial de la **parte actora**, solicitó revocar la decisión de primera instancia y en su lugar que se acoja las suplicas de la demanda, por considerar que el señor Saavedra Suesca laboró durante 20 años al servicio del INPEC, por lo que tiene derecho a que se aplique en su totalidad la Ley 32 de 1986, con inclusión de los factores salariales del Decreto 1045 de 1978, encontrándose vigentes las sentencias de unificación del Consejo de Estado que ordenan la inclusión de la prima de riesgo, tales como la de 1º de agosto de 2013, exp. 2008-00150-01.

1. A su vez el Tribunal Administrativo (Sic), en sentencia de 7 de mayo de 2015, dentro del expediente 11001-0315-000-2015-00729-00, estableció que la prima de riesgo dado el carácter ordinario fijo, retribuye de manera directa el servicio y constituye salario. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencias de 02 de marzo de 2016 y 09 de septiembre de 2019, indicó que se debe incluir la prima de riesgo en la liquidación de la pensión de jubilación de alto riesgo, por haberla percibido habitual y periódicamente en el último año de servicios.

1. Concluyó que debe darse aplicación a los mencionados precedentes jurisprudenciales, dado su carácter de vinculante y por cuanto tal postura no ha sido modificada.

# 5. Los alegatos de segunda instancia

##  5.1. De la parte demandante[[6]](#footnote-6)

24. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, en el sentido que se debe seguir aplicando la sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, exp. 0070-2011.

##  5.2. De la parte demandada[[7]](#footnote-7)

25. La apoderada de la UGPP insistió en que el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial y a su vez el Decreto 1045 de 1978 no lo contempla como factor para la liquidación de las pensiones, además la prima de riesgo no tiene una relación directa con el servicio, por lo que no puede concluirse que constituye factor salarial; y, por ende, no puede ser incluida en la liquidación de la pensión del demandante.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** El representante del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

**II. CONSIDERACIONES**

# 1. Asunto para resolver y decisión de la Sala

26. De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia, la Sala deberá determinar si le asiste o no el derecho al demandante, a que se le efectúe la reliquidación de su pensión de jubilación considerando el factor salarial de prima de riesgo percibido en el último anterior al retiro del servicio.

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, se hará un breve recuento normativo y jurisprudencial sobre el tema objeto de análisis bajo el siguiente entendido:

# 2. Del régimen pensional especial aplicable al presente asunto

1. En primer lugar, debe indicar la Sala que como quiera que el demandante se desempeñó como miembro del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, lo cobija un régimen pensional especial, que se encuentra previsto en la Ley 32 de 1986, el cual se analiza a continuación.

1. En efecto, la Ley 32 de 1986, “*por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”,* consagró en su artículo 96 un régimen pensional especial para los trabajadores que lo conformaban, en los siguientes términos:

*“****Artículo 96.-Pensión de jubilación****. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.”*

1. De igual forma el artículo 114 ibídem, consagró:

*“****Artículo 114.-Normas subsidiarias****. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional,* ***se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales****”.* (Destacado por la Sala)

1. Posteriormente, se expide el Decreto 407 de 1994[[8]](#footnote-8), y en su artículo 168, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de su entrada en vigencia, que lo fue el 21 de febrero de 1994, se hallaren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC (caso del aquí demandante[[9]](#footnote-9)), tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986, y que el tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos; en efecto indicaba la norma:

*“****Artículo 168.- “Pensión de jubilación****. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.*

*Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.*

*Parágrafo 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.*

*Parágrafo 2º. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993”.* (Destacado por la Sala)

1. No obstante, como se advirtió en precedencia el anterior artículo fue derogado con ocasión de la expedición del Decreto 2090 de 2003 “*Por medio del cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”,* el cual estableció en su artículo sexto, un régimen de transición a favor de dichos trabajadores; al respecto se indicó:

*“****Artículo 6º. Régimen de transición****.* ***Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo****.*

*Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003” (Destacado por la Sala)*

1. La anterior norma fue objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-633 de 2007, en la cual, respecto a la aplicación del régimen de transición a favor de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, estableció lo siguiente:

*“(…) Las pensiones de alto riesgo, en la actualidad, son parte de un régimen pensional especial regulado por el Decreto 2090 de 2003, que resulta diverso al régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 (…).*

*Con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, el Decreto Ley 2090 de 2003 fue proferido por el Gobierno y publicado el 28 de julio de 2003.* ***Según este decreto, esta nueva normatividad resulta aplicable a todos los trabajadores que laboran en las siguientes actividades de alto riesgo*** *(Art. 2º): (a) los trabajos de minería que prestan el servicio en socavones o en subterráneos; (b) los trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas por encima de los valores permisibles; (c) los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, (d) la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas; (e) en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida; (f) en los Cuerpos de Bomberos, quienes realicen la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios y (g)* ***en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo que ejecuten dicha labor*** *(…).*

*Finalmente, en el caso de los trabajadores de alto riesgo que por sus circunstancias particulares estuvieren amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es claro que el artículo 36 de esa ley es una disposición jurídica vigente, exigible plenamente por quien se encuentre cobijado por ella.* ***En consecuencia, el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, - que hoy se acusa -, resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993****, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador (…)”* (Destacado por la Sala)

1. Así las cosas, el régimen pensional especial aplicable a los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, beneficiaros del régimen de transición previsto en el artículo sexto del Decreto 2090 de 2003, no es otro que el establecido en la Ley 32 de 1986, tal como en efecto, lo establece el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005:

*“****Parágrafo transitorio 5º****. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo.* ***A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes****" (…).*

**3. Ingreso base para la liquidación del derecho pensional.**

1. En este punto debe indicar la Sala que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, razón por la cual es procedente remitirse a lo previsto en el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, ya citado, que establecen que en los aspectos no regulados se aplicaran las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

1. Ahora bien, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no resulta aplicable a los servidores cobijados por un régimen especial, como en este caso los servidores del INPEC, dada la exclusión que al efecto establece el artículo 1° inciso segundo[[10]](#footnote-10) y por tanto es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

1. En conclusión, en el presente caso al señor Omar Arnoldo Ávila Sanabria, le es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión establecido por la ley para los trabajadores del INPEC, y por tanto, la liquidación de su prestación habrá de hacerse teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios como lo estableció la Ley 4 de 1966, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45. En efecto, la norma en comentoestablece:

***“Artículo 45º.-*** *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

* 1. *La asignación básica mensual;*
	2. *Los gastos de representación y la prima técnica;*
	3. *Los dominicales y feriados;*
	4. *Las horas extras;*
	5. *Los auxilios de alimentación y transporte;*
	6. *La prima de navidad;*
	7. *La bonificación por servicios prestados;*
	8. *La prima de servicios;*
	9. *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
	10. *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones;*

*l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

*ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.* ***Modificado posteriormente.”***

# 4. De lo probado

1. Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

* + El actor nació el 16 de agosto de 1952, según se desprende de la cedula de ciudadanía (Fl 17, arch. 02, E.D.).

* + El demandante estuvo vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC desde el 15 de febrero de 1973 al 31 de diciembre de 1994, en el cargo de dragoneante (Fl 58, arch. 02, E.D.).

* + Conforme a los certificados salariales expedidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, el demandante en el último año de prestación de servicios, esto es para el año 2014, devengó: asignación básica, sobresueldo, prima de antigüedad, **prima de riesgo**, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad (Fl 61, arch. 02, y arch. 15, CC6754566 E.D.).

* + De acuerdo a la Resolución No. 9567 de 13 de diciembre de 1994, el Director General del INPEC aceptó la renuncia del señor Víctor Manuel Saavedra Suesca, a partir del 01 de enero de 1995 (Fls 46 a 48, arch. 02, E.D.).

* + A través de la **Resolución 006529 de 25 de julio de 1994**, Cajanal EICE reconoció pensión de jubilación al señor Víctor Manuel Saavedra Suesca, en cuantía de $175.343, efectiva a partir del 13 de octubre de 1993, debiendo demostrar retiro del servicio para el disfrute de la pensión. Para el reconocimiento se tuvo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y para la liquidación el 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicio, teniendo en cuenta la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones (Fls 28 a 30, arch. 02, E.D.).

* + Luego, la misma entidad con **Resolución 17887 de 31 de diciembre de 1996**, reliquidó la pensión por retiro del servicio, con inclusión de la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y bonificación por servicios prestados, elevando la cuantía a $192.896, efectiva a partir del 1º de enero de 1995 (Fls 31 a 34, arch. 02, E.D.).

* + En cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Tribunal

Administrativo de Boyacá, Cajanal EICE en liquidación expidió la **Resolución UGM 059150 de 26 de noviembre de 2012**, en la que reliquidó la pensión, con inclusión de los factores devengados en el último año de servicios, tales como: salario mensual, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de antigüedad y sobresueldo. Así, se elevó la cuantía a $244.809, efectiva a aportar del 27 de enero de 2001, por prescripción (Fls 35 a 65, arch. 02, E.D.).

* + El 29 de marzo de 2016, el actor solicitó ante la UGPP la reliquidación de la pensión con inclusión de la prima de riesgo (Fls 49 a 51, arch. 02, E.D.).

* + Mediante Resolución **RDP 021647 de 08 de junio de 2016**, la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de vejez, por considerar que la liquidación realizada en la Resolución UGM 059150 de 26 de noviembre de 2012 *-que dio cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá-* se encuentra ajustada a derecho (Fls 18 a 22, arch. 02, E.D.).

* + En virtud de un recurso de apelación interpuesto por el señor Saavedra Suesca, la UGPP mediante **Resolución RDP 036049 de 27 de septiembre de 2016**, confirmó la anterior decisión (Fls 23 a 27, arch. 02, E.D.).

* + Copia del cuaderno administrativo que reposa en la entidad demandada a nombre del señor Víctor Manuel Saavedra Suesca (arch. 15, E.D.).

1. Una vez hecho el anterior recuento del material probatorio obrante dentro del expediente, la Sala procede a resolver el presente asunto.

# 5. Caso concreto

1. Descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que la parte demandante pretende se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la **prima de riesgo** devengada en el último año de prestación de servicios. Considera la parte actora en sede de apelación que, de acuerdo a los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, acogidos además por esta Corporación, la prima de riesgo si constituye un factor salarial para los funcionarios del INPEC, de tal manera que no puede ser excluida del ingreso base de liquidación.

1. Al respecto, la Sala anticipa que el fallo recurrido debe confirmarse, pues para la liquidación de la prestación del actor, debe acudirse a los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, es decir, que su aplicación se hace de manera taxativa y por ende no es posible la inclusión de la prima de riesgosolicitada en el recurso de apelación. Sumado a lo anterior, conforme el artículo 11 del Decreto 446 de 1994[[11]](#footnote-11), esta no constituye factor salarial.

1. Conviene anotar que mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado[[12]](#footnote-12), encontró ajustado a derecho el referido artículo 11 del Decreto 446 de 1994, a lo cual consideró que: *“el esquema de competencias determinado por el constituyente para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos conduce a concluir que el Gobierno tiene la facultad para determinar la incidencia prestacional de un emolumento creado por este”*. Así mismo, frente al cargo de nulidad relativo al desconocimiento de lo ya regulado en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de

1978, señaló que *“no todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales e indemnizaciones, es decir, que nada impide que se excluyan determinados factores para esos efectos no obstante su naturaleza salarial y sin que por ello pierdan tal naturaleza”*. Así, esa Corporación corroboró la regla según la cual la prima de riesgo no tiene carácter salarial para el cálculo de otras prestaciones sociales, como la pensión.

1. Si bien es cierto, como lo señaló el demandante en sede de alzada, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que había sido adoptada por este Tribunal, avalaba la inclusión de dicha prima como factor salarial en el ingreso base de liquidación de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, no lo es menos que, la Alta Corporación varió su posición, en el sentido de afirmar que dicho emolumento no debe ser tenido en cuenta en el IBL pensional.

1. El Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018[[13]](#footnote-13), modificó su posición respecto a la inclusión de factores salariales no enlistados en la normatividad aplicable. Al respecto señaló:

*“A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa* ***los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional****, sino que* ***los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio****,* ***va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.*** *La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periodicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo,* ***para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.****”* (Resaltado fuera del texto original).

1. A su vez, con sentencia del 25 de abril de 2019, la Sección Segunda señaló lo siguiente al resolver un recurso extraordinario de revisión:

“(…) es al Legislador a quien le compete fijar lo que constituye o no salario, de suerte que, al instituir la prima de riesgo como una prestación en favor de los servidores del INPEC, reconoce la exposición a la que se encuentran sometidos en razón de la actividad que desarrollan, observando que también define el alcance concreto de los beneficios que en un momento dado contribuyen al mejoramiento económico de los servidores del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, que para el caso de la prima de riesgo la instituyó sin carácter salarial.

48. Por consiguiente, el llamado a decidir si la prestación a la que alude el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 debe o no ser de naturaleza salarial es quien otorga positivizadamente el derecho, se trata de una materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, pues ello gira en torno de la legitimidad de la conducta del Estado que, con fondos del erario, concede una prerrogativa prestacional que pretende compensar económicamente la exposición en la que se hayan los servidores del INPEC en razón de la actividad que ejecutan.

(…)

74. Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala que **la prima de riesgo al no figurar como factor liquidable para la pensión de acuerdo al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 aunado al hecho de carecer del carácter de factor salarial, no resulta computable para la reliquidación pensional pretendida** (…)”[[14]](#footnote-14). (Negrilla fuera del texto original)

1. Así las cosas, contrario a lo señalado por la recurrente, se tiene que la tesis actual del Consejo de Estado se dirige a respetar el diseño normativo de la prima de riesgo, según el cual esta carece de naturaleza salarial y por ende no puede ser tenida en cuenta para efectos de la liquidación pensional. Es de resaltar que dicha providencia, al tratarse de una sentencia emitida en sede de revisión, tiene rango de unificación en los términos del artículo 270 del CPACA[[15]](#footnote-15).

1. Cabe anotar que, de igual forma dicho entendimiento ha variado en los últimos años al interior de este Tribunal, pues ha sido pacifica la posición de excluir la prima de riesgo en la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores del régimen especial del INPEC, tal y como se advierte en las siguientes providencias: *(i)* de 24 de febrero de 2021, radicado:15001-33-33011-2018-00215-01, M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana *(ii)* de 25 de marzo de 2021, radicado:15759-33-33-001-2019-00017-01, M.P. Félix Alberto

Rodríguez Riveros; *(iii)* de 23 de febrero de 2022, radicado:15238-33-33-0012019-00115-02, M.P. Beatriz Teresa Galvis Bustos; y, *(iv)* de 26 de abril de 2022, radicado:150013333-011-2017-00153-01, M.P. Fabio Iván Afanador García.

1. Ahora, es preciso indicarle a la parte actora que la sentencia de unificación de 1° de agosto de 2013 citada en los argumentos del recurso de apelación, no resulta ser un precedente aplicable plenamente al actor, en la medida que en ese pronunciamiento jurisprudencial se estudió el régimen pensional de los ex funcionarios del DAS, más no el régimen pensional de los empleados del INPEC.

1. De modo que, en el caso concreto, aun cuando quedó demostrado que el demandante devengó habitual y periódicamente la prima de riesgo en el último año de servicio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, según certificación expedida por el pagador de la Penitenciaria Nacional de Tunja, ello no es razón para otorgarle connotación salarial que pueda ser tenida en cuenta para la reliquidación pensional a la luz de la nueva postura jurisprudencial del Consejo de Estado en esa temática.

1. Por estas razones expuestas, se confirmará el fallo impugnado, que negó el reconocimiento de dicha prima como factor para la reliquidación pensional demandada.

# 6. Condena en costas de segunda instancia

50. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, no se dictará condena en costas en esta instancia por no evidenciarse su causación. Lo anterior teniendo en cuenta que la reforma introducida al respecto por la Ley 2080 de 2021 no es aplicable a este caso en razón de la fecha de presentación del recurso de apelación, conforme a su artículo 8617.

17 **ARTÍCULO 86. RÉGIMEN DE VIGENCIA Y TRANSICIÓN NORMATIVA.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(…)

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en

51. Así mismo, es preciso decir que debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues sobre la condena en costas en materia laboral, este Tribunal ha reiterado que no existe una postura única del Consejo de Estado, es decir que no existe un precedente judicial vinculante para el juzgador, lo cual faculta a la Sala acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.

# DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Virtual de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO**: Una vez en firme esta providencia, por secretaría envíese al juzgado de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

**Magistrado**

 *Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

# BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

# Magistrada

curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

1. Arch. 53, exp digital 2 Arch 51, E.D. [↑](#footnote-ref-1)
2. Arch 02, E.D.

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Arch 02, E.D. [↑](#footnote-ref-3)
4. Arch 51, E.D. [↑](#footnote-ref-4)
5. Arch 53, E.D. [↑](#footnote-ref-5)
6. Índice 22, SAMAI [↑](#footnote-ref-6)
7. Índice 23, SAMAI [↑](#footnote-ref-7)
8. Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. [↑](#footnote-ref-8)
9. De acuerdo la certificación vista a folio 16, el señor Saavedra Suesca se vinculó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC desde el 15 de febrero de 1973 y fue retirado del servicio el 31 de diciembre de 1994. [↑](#footnote-ref-9)
10. La Ley 33 de 1985, en su artículo 1° inciso segundo establece: “*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sub sección A. MP. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, proceso de simple nulidad 1100103-25-000-2014-00103-00(0209-14) [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. 28 de agosto de 2018. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. Revisión 2016-00759 (3482-16), abr. 25/2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-14)
15. “**ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.** <Artículo modificado por el artículo [78](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2080_2021_pr001.html#78) de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)