Tunja, 24 de marzo de 2021

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | **:** | **Nulidad y restablecimiento del derecho** |
| Demandante | **:** | **Luz Marina García Murillo** |
| Demandado | **:** | **INPEC**  |
| Expediente | **:** | **15001-33-33-001-2014-00113-01** |
|  |  |  |
| **Tema:** Reconocimiento de prima de seguridad a empleados del INPEC. Confirma sentencia de primera instancia que accedió a pretensiones, al considerar que el director del INPEC invadió competencias propias del ejecutivo al determinar que a la demandante no le asistía derecho al reconocimiento de la prima de seguridad, pues la misma había sido reconocida al personal de esa institución sin distinción alguna en el decreto 1029 de 2013, y al director solamente le estaba dada la facultad de asignar la prima estableciendo el porcentaje pertinente. El director del INPEC invadió competencias del ejecutivo al imponer un nuevo requisito para el reconocimiento de la prima de seguridad, consistente en el contacto directo con los internos. |
|  |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Pretensiones**

La señora Luz Marina García Murillo a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No 002647 del 9 de septiembre de 2013, circular No 000046 del 30 de septiembre de 2013 y el oficio 85107-SUTAH-GORPO-26801 del 16 de diciembre de 2013 por medio de las cuales se le niega el reconocimiento, **liquidación y pago de la prima de seguridad a que tiene derecho por laborar en el establecimiento carcelario de alta seguridad de Cómbita, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 24 y 25 del Decreto 1029 de 2013, emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública.**

Que a título de restablecimiento del derecho se reconozca, liquide y pague la prima de seguridad, de manera indexada, desde el 1° de enero de 2013 y que la condena se cumpla conforme a las previsiones del artículo 192 del CPACA.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1. **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Narra la demanda que la demandante labora en carrera administrativa en el INPEC y durante el año 2013 laboró desde enero a diciembre, en el cargo de pagador, código 4173 grado 22 en el Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita.

El Departamento Administrativo de la Función Pública mediante Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013 en sus artículos 24 y 25 estableció los criterios y cuantía referentes al disfrute de la prima de seguridad en favor del personal que labora en el INPEC, al interior de los pabellones o centros de alta seguridad.

El director del INPEC, expidió la Resolución No 002647 del 9 de septiembre de 2013 *“Por medio de la cual asigna la prima de seguridad establecida en el decreto 1029 del 21 de mayo de 2013”*, fijando los porcentajes y cargos que tendrían derecho al pago de la prima de seguridad para cada uno de los Establecimientos Carcelarios y Pabellones de Alta Seguridad del todo el territorio Nacional, en los cuales al tenor de la hoja número nueve de dicho acto administrativo, no se incluyó el cargo de pagador correspondiente a la demandante, quien al igual que los demás cargos y funcionarios allí obrantes labora en el Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad de Cómbita.

El director general del INPEC expidió la circular Número 000046 de fecha 30 de septiembre de 2013 estableciendo directrices para la asignación de prima de seguridad, cuyas condiciones generales se asignan al cargo de la demandante quien ejercía labores en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita, pues allí se exigió, certificar funciones de seguridad y vigilancia, remisiones o funcionarios administrativos que cumplen con lo descrito en el Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013.

Como la demandante no fue incluida como beneficiaria de la prima de seguridad, elevó petición solicitando su inclusión en nómina, por lo que el INPEC mediante oficio No 85107-SUTAH-GOPRO-26801, del 16 de diciembre de 2013, indicó que el cargo mencionado, no se encuentra como certificado con derecho a dicha prima.

1. **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1. Normas invocadas**

- Constitución Política de 1991: Preámbulo, artículos 13, 53 y 209

- Decreto 1029 de 2013; Ley 1437 de 2011.

**Concepto de la violación**

Adujo que la vulneración a los derechos laborales consagrados en la Constitución se evidencia en que la demandante pese a cumplir con cada uno de los requisitos establecidos por el Decreto 1029 de 2013, no se le reconoció la prima de seguridad.

Bajo las premisas contenidas en el referido decreto, al Director General de INPEC, no le era dable desconocer el derecho al pago de la prima de seguridad a ningún funcionario que preste sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad, habida cuenta de estar expuesta a cada uno de los factores de riesgo contenidos en la norma.

En otras palabras, el hecho de que la norma faculte al director para asignar la prima, ello no implica que ostente las facultades de disposición a favor de un empleado y en perjuicio de otro, pues con dicha actuación, vulnera el derecho a la igualdad del demandante.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que el Decreto 446 de 1994 por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores del INPEC, señaló que, a los funcionarios del INPEC que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del INPEC podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario. Dicha norma tampoco estableció criterio de exclusión alguno respecto del cargo de la demandante.

Señaló que el acto administrativo de negativa de pago de la prima de seguridad está viciado de falsa motivación por oposición en las normas en que debía fundarse, evidenciando con ello divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos.

También está viciado de desviación de poder al aplicar arbitrariamente la norma de acuerdo a su conveniencia presupuestal. No obstante, las normas invocadas no dan pie a interpretación errónea alguna, pues tan solo consagra la exigencia de prestar sus servicios en pabellones o centros de Alta Seguridad, para tener derecho al pago de la prima de seguridad, lo cual en el caso objeto de análisis no sucedió y se desbordaron groseramente las facultades conferidas al Estado, representado por el INPEC, quien sin fundamento legal alguno y atendiendo a razones particulares, negó el derecho al pago de la prima de seguridad a favor del demandante.

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Tunja en providencia del 4 de septiembre de 2014,[[1]](#footnote-1) providencia dentro de la cual se ordenó notificar personalmente al INPEC, al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 de la ley 1564 de 2012.

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

En la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado judicial del INPEC allegó escrito de contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

Que la resolución No 002647 del 9 de septiembre de 2013 y por consiguiente la circular 000046 del 30 de septiembre de 2013 y el oficio 85107-SUTAH-GOPRO-26801 del 16 de diciembre de 2013, fueron proferidos con fundamento en la Constitución Política y la ley, esta se enmarca claramente dentro de la facultad discrecional que le asiste al Director General del INPEC, quien previa aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho no se ha desprotegido a persona alguna en su vida, bienes, creencias o derechos.

Que las condiciones de disfrute de la prima de seguridad se dan siempre cuando se encuentre el funcionario como beneficiario de acuerdo a la Resolución 002647 del 9 de septiembre de 2013. Para establecer los beneficiarios, se realiza un estudio en el que verifican la disponibilidad presupuestal, la asignación básica mensual para la vigencia fiscal de 2013 para el pago de dicha prima, una vez se realice la asignación, el director el Establecimiento de Alta Seguridad realizará la correcta distribución de cupos para funcionarios, según artículo segundo de la Resolución 002647 del 9 de septiembre de 2013.

Es claro que la demandante no se encuentra relacionada para la distribución de cupos teniendo en cuenta que está en el cargo de pagador, razón suficiente para no estar incluida y recibir la prima de seguridad, primero, porque verifican la disponibilidad presupuestal y la asignación básica mensual para la vigencia fiscal de 2013 para el pago de esta a las personas que se encuentren enunciadas en la Resolución acusada, segundo, porque, las funciones ejercidas por la demandante no se desarrollan en la parte interna o intramural, y, por consiguiente no tiene la actora contacto de riesgo o peligro con el personal de reclusos del Establecimiento Penitenciario del Alta Seguridad de Cómbita. Su labor se efectúa en las oficinas que se encuentran en la parte externa. Por lo anterior, el cargo de la demandante no se encuentra enlistado para devengar dicha prima.

Que para la prima de seguridad debe existir la asignación por el director General del INPEC, previa aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho, de igual forma, podrá suspender el reconocimiento de esta otorgada al servidor público en cualquier momento que lo considere conveniente, en ejercicio de la facultad que le confiere el Decreto 300 de 1997.

En cuanto al director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita dio aplicación a lo ordenado por la Dirección General, realizando de manera correcta e imparcial la distribución de cupos, para asignación de prima de seguridad de acuerdo a los lineamentos y parámetros fijados en el Decreto 1029 de 2013, la resolución 02647 del 9 de septiembre de 2013 y la circular 000046 del 30 de septiembre de 2013.

Propuso las siguientes excepciones:

* **Caducidad del medio de control,** porque la demandante no puede solicitar la nulidad de la contestación a la solicitud realizada por los funcionarios de fecha diciembre 16 de 2013 emanada por el Director del Establecimiento de Cómbita, toda vez que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se debería haber iniciado únicamente contra la Resolución No 002647 del 9 de septiembre de 2013 y la circular 000046 del 30 de septiembre de 2013, fechas que no fueron tenidas en cuenta para iniciar la respectiva acción habiendo transcurrido más de 4 meses presentándose la caducidad de esta.
* **Inexistencia de desviación de poder,** toda vez que los actos administrativos acusados en este libelo de la demanda, se encuentran ajustados a lo dispuesto en la Constitución Nacional y la demandante no demuestra ningún vicio que desvirtúe la presunción de legalidad de que goza, y por ende no existe mérito para que prospere la demanda.
* **Inexistencia de pruebas que desvirtúen la presunción de legalidad de que goza la resolución demandada.**
1. **Audiencia Inicial**

Mediante auto del 17 de marzo de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.[[3]](#footnote-3)

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, y evacuadas las etapas de éstas, se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del C.P.A.C.A.[[4]](#footnote-4)

1. **Audiencia de pruebas[[5]](#footnote-5)**

El 9 de agosto y 24 de octubre de 2016, se realizó audiencia de pruebas, culminada la cual, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

1. **Alegatos de conclusión**
	1. **Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante[[6]](#footnote-6)**

Reiteró los argumentos esbozados en la demanda, en el entendido de que la demandante acredita todos y cada uno de los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la prima de seguridad.

Al efecto, para el pago de la prima de seguridad que según el texto normativo tan sólo constituyen en ser empleado del INPEC y que los servicios se presten al interior de un pabellón o centro de alta seguridad, situaciones o requisitos que se cumplieron conforme dan cuenta los documentos probatorios obrantes en el expediente.

Ahora bien, no puede perderse de vista que cosa muy diferente es que la entidad demandada (INPEC) pretendió exigir requisitos adicionales contrarios a lo estipulado en el Decreto 1029 de 2013, a través de los cuales no solo desconoció el derecho a la igualdad de la parte actora, pues no podernos perder de vista que el acto administrativo acusado da cuenta de la inclusión para el pago de la prima de seguridad a otros empleados del mismo centro carcelario que aunque gozan de cargos y grados diferentes en definitiva acreditan las mismas calidades de mi representada, las de laborar en pabellones o centros de alta seguridad.

El actuar de la administración (INPEC), resulta completamente contrario a derecho y por demás invasor de las funciones atribuidas en cabeza del Departamento Administrativo de la Función Pública, pues con las actas allegadas como prueba donde se da cuenta de las razones para la inclusión o no del cargo de la accionante en aquellos con derecho al pago de la prima de seguridad pretendida, se observa que incluyeron requisitos adicionales a los contemplados en el Decreto 1029 de 2013, como por ejemplo el hecho de que con la labor prestada se tenga o no contacto con el personal recluso, requisito que a la luz de la norma reglamentaria del caso valga decir el Decreto 1029 de 2013, resulta violatorio del principio de legalidad y por ende inocuo.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera el hecho contemplado anteriormente (labores que contemplen el contacto con personal recluso) como constitutivo de requisito adicional para tener derecho al pago de la prima de seguridad, bien se podría afirmar sin lugar a dudas que aun así la parte actora acredita el mismo, pues conforme al material probatorio ha quedado evidenciado que ostenta el cargo de pagador, código 4173 grado 22; labor que implica el manejo de dinero del personal recluso así como la administración de dichos recursos para la provisión de las respectivas cuentas a través de las cuales ellos son provistos de los alimentos y artículos necesarios para su subsistencia a través de los respectivos expendios o puntos de venta destinados al personal que goza de detención intramuros.

* 1. **Alegatos de conclusión presentado por la entidad demandada[[7]](#footnote-7)**

Reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda. Transcribió la normatividad contenida en el Decreto 446 de 1994, el Decreto 1029 de 2013 artículos 24 y 25, la resolución No 2647 del 9 de septiembre de 2013, la circular No 046 del 30 de septiembre de 2013, para concluir que el espíritu del señalado Decreto 1029 está encaminado a otorgar la llamada prima de seguridad a ciertos y determinados empleados del INPEC, por su responsabilidad en el desarrollo de funciones y actividades dentro de los pabellones de Alta Seguridad, por su contacto con la población interna con perfil de alta seguridad; por lo mismo no se puede inferir que dicho reconocimiento sea para todo el personal que labora en estos centros penitenciarios puesto que existen cargos necesarios para el funcionamiento del establecimiento, pero sus funciones y actividades no se encuentran directa o estrechamente relacionadas con los pabellones de Alta Seguridad y la población interna con perfil de alta seguridad que se encuentra recluida en los mismos.

Dio a conocer el contenido de las Actas No 01, 02 y 03 de 2013, que dan cuenta que el criterio para la inclusión de los empleados para ser beneficiarios de dicho derecho, es el hecho de “tener un manejo constante con los internos de Alta Seguridad”. Dicho criterio determinó el otorgamiento de la prima de seguridad y ello fue aprobado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Adujo que el hecho que a la demandante, quien desempeña el cargo de pagador en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cómbita, para los años 2011 y 2012, se le afectara el pago de un emolumento denominado prima de seguridad, no implica que dicho cargo se encuentre en los cargos o empleos que se tuvieron en cuenta para elaborar la normatividad que regula este reconocimiento económico, puesto que como se ha manifestado en el presente escrito, esta remuneración está encaminada como su nombre lo indica a reconocer por seguridad a los funcionarios que tengan un manejo constante con lo internos de Alta Seguridad, en los pabellones de Alta Seguridad con población interna – perfil de alta seguridad – que se encuentra recluida en los mismos.

Solicita entonces negar las pretensiones de la demanda.

**V FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja profirió sentencia de primera instancia el 27 de julio de 2017[[8]](#footnote-8), en la que accedió a las pretensiones, previo planteamiento del siguiente problema jurídico: *“La controversia se contrae a determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reconozca, liquide y pague la* ***prima de seguridad*** *para la vigencia fiscal de 2013, al prestar sus servicios en el cargo de pagador, código 4173, grado 22 en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad de Cómbita - EPAMSCASCO.”*

A fin de acceder a las pretensiones, y luego de realizar un estudio sobre las normas que han regulado la prima de seguridad, y las facultades compartidas del legislativo con el Gobierno para legislar sobre la materia salarial y prestacional de los empleados públicos, indicó que:

“Ahora, con fundamento en el marco jurídico expuesto en acápite precedente, esta instancia encuentra que el legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1029 de 2013 estableció la prima de seguridad para la vigencia fiscal del año 2013, en favor de los empleados que prestan sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad, en una equivalencia de hasta el 50% de la asignación básica, teniendo como criterio o fin para ello, la especial responsabilidad y delicada misión que estos cumplen frente a los demás funcionarios del INPEC.

Así mismo, le otorgó la facultad al Director General del INPEC para asignar los rubros correspondientes por concepto de la citada prima, respetando en todo caso el tope máximo establecido y sin sobrepasar el presupuesto establecido para ello, que para el año 2013 se fijó en un valor de $ 4.116.555.432.

Es así que, acudiendo a las reglas de interpretación normativa y realizando una interpretación gramatical de la norma, esto es, del artículo 24 del Decreto 1029 de 2013, entiende el Despacho que el Gobierno Nacional lo que quiso fue establecer una prima de seguridad para todos los funcionarios públicos que laboran en los centros de pabellones de alta seguridad del país; esto es, cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia, sin que se efectuara excepción alguna al respecto.

Por tanto, la competencia que delegó en el Director General del INPEC, fue únicamente la de asignar el porcentaje que correspondía para cada cargo por dicho concepto, previendo en todo caso no sobrepasar el tope establecido en un 50% sobre la asignación básica y respetando el presupuesto nacional designado para cancelar retroactivamente la prima de seguridad de dicho personal para la vigencia de 2013, sin que le resultara viable como lo hizo (según lo señalado en el acta No 01 de 21 de junio de 2013), invadir las competencias asignadas únicamente al Gobierno Nacional, para señalar como criterio adicional para el disfrute de la tantas veces citada prima, que el servidor público deba tener contacto directo con los internos en los pabellones o centro de alta seguridad, pues se reitera, el presupuesto a tener en cuenta para ser beneficiario de dicha prestación, es únicamente, que el funcionario se encuentre prestando sus servicios en pabellones o centros de alta seguridad.

Corolario de lo anterior, se tiene que la prima de seguridad fue concebida para ciertos funcionarios que laboran en el INPEC – empleados de los centros o pabellones de alta seguridad – que por la especial responsabilidad y misión que tienen, al prestar sus servicios donde se albergan a los internos que detentan mayor peligrosidad para la sociedad, se les debe reconocer una remuneración adicional que no constituye factor salarial.

De manera que, habiéndose demostrado que la señora LUZ MARINA GARCÍA MURILLO prestó sus servicios en el cargo de pagadora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita, durante todo el año fiscal de 2013, resulta claro que le asiste derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la prima de seguridad de que trata el Decreto 1029 de 2013.”

Por lo anterior, y previo estudio de lo que constituye un acto complejo, decidió el juez de primera instancia declarar la nulidad parcial de la resolución No 2647 del 9 de septiembre de 2013 y el oficio 85107-SUTAH-GOPRO-26801 del 16 de diciembre de 2013, al haber sido expedidos contraviniendo las normas en que debía fundarse. A título de restablecimiento del derecho ordenó a la demandada, liquidar y pagar la prima de seguridad a que tiene derecho la demandante para el año 2013.

1. **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada apeló[[9]](#footnote-9) la sentencia solicitando que sea revocada. Para el efecto, indicó que:

1. Que conforme al Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013, el cargo de pagador no se encuentra enlistado como beneficiario de la prima de seguridad. No obstante, aclara que se surtió el procedimiento establecido en dicha norma para determinar los cargos cobijados con el reconocimiento, lo cual fue aprobado por el Gobierno Nacional – Ministerio de Justicia y del Derecho, dando aplicación al artículo 25 del citado decreto.

Al efecto, al Gobierno Nacional es a quien le corresponde asignar los recursos para el pago y los criterios que deben cumplir los funcionarios a quienes se les debe reconocer. Asimismo, da su aprobación, que, para el caso, el Decreto 1029 de 2013 estableció que se reconocería atendiendo a la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del INPEC que presten sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad.

1. Que dicha prima está destinada para los empleados del INPEC, por su responsabilidad en el desarrollo de funciones y actividades dentro de los pabellones de los establecimientos de Alta seguridad, y según el presupuesto general de la Nación, en esta línea se expidió la Resolución 002647 del 9 de septiembre de 2013, la cual estima que para la retribución de la prima, es necesaria la prestación activa del servicio en los cargos que se encuentran asignados en la parte resolutiva de la misma, determinando además el porcentaje a devengar. En consecuencia, como el cargo de pagador no está contenido en la resolución, no tiene derecho a dicho pago.
2. Que el artículo 10 del Decreto 446 de 1994, estableció que a los funcionarios del INPEC *podrá* reconocérseles la prima de seguridad, de donde se colige que dicho reconocimiento es facultativo de la entidad y ello depende del presupuesto, la cantidad de funcionarios y las funciones que deben ser desempeñadas dentro de los pabellones de los establecimientos en mención, teniendo en cuenta la responsabilidad y delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia, quienes están en riesgo de seguridad dentro de los pabellones.

Que a fin de establecer qué empleos son beneficiarios de la prima de seguridad, se suscribieron las actas No 01, 02 y 03 de 2013, en las que se hizo la respectiva encuesta con los establecimientos con relación al personal administrativo que trabaja en los pabellones de alta seguridad tiene contacto directo con los internos de este perfil; se indicó en el acta 02 que “*El personal de funcionarios del Cuerpo de Custodia que laboran en los Grupos de Policía Judicial y Guías Caninos que cumplen sus funciones en los establecimientos que tiene derecho a la remuneración, serán incluidos en los cupos asignados”.*

1. **TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Administrativo de Tunja, mediante providencia del 3 de noviembre de 2017 concedió en el efecto suspensivo y ante el Tribunal Administrativo de Boyacá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[[10]](#footnote-10).

Mediante providencia del 26 de enero de 2018 esta Corporación, admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia[[11]](#footnote-11).

El día 6 de marzo de 2018, el Despacho prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento, y concedió el término de diez días para presentar alegatos de conclusión de conformidad con el numeral 4º del artículo 247 del CPACA[[12]](#footnote-12).

1. **Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante[[13]](#footnote-13)**

Reiteró los argumentos jurídicos esbozados en la demanda y en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia.

1. **Alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada[[14]](#footnote-14)**

Reiteró los argumentos de defensa esbozados en el recurso de apelación.

**VIII. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

1. Problema jurídico

Conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si debe revocarse la sentencia de primera instancia que accedió al reconocimiento de la prima de seguridad a la demandante para la vigencia 2013, por cuanto según la entidad su cargo no estuvo reconocido por el director del INPEC como beneficiario de la misma al no tener contacto directo con los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta Seguridad de Cómbita.

1. **Marco normativo sobre la prima de seguridad para funcionarios del INPEC**
* **Constitución Política de 1991**

**ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

**(…)**

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(…)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

* **Ley 4 de 1992**

Estableció las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y atendiendo a dichas directrices, el ejecutivo expidió el Decreto 407 de 1994.

* **Decreto 407 de 1994, por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.**

**ARTÍCULO 8o. CARACTER DE SUS SERVIDORES**. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, son empleados públicos con régimen especial.

(…)

**ARTÍCULO 10. CLASIFICACION DE EMPLEOS.** Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción los empleos que se señalan a continuación:

Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, Jefes de División, Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial, entendiéndose por tales aquellos **que tienen una jornada diaria inferior a cuatro (4) horas.**

**(…)**

* **ARTÍCULO 117. DEFINICIÓN DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONA**L. Es un organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales. Sus miembros recibirán formación, capacitación, complementación, actualización y especialización en la Escuela Penitenciaria Nacional. No podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio y observarán siempre la más absoluta imparcialidad política en el ejercicio de sus funciones.

(…)

**ARTÍCULO 185. PRESTACIONES SOCIALES.** los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho a las prestaciones sociales que se enuncian a continuación, reconocidas por la Ley 32 de 1986 y en las normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4a. de 1992: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, prima de clima, prima extracarcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo y prima de vigilantes instructores; adicionalmente tendrán derecho a pasajes y gastos de transporte, a los subsidios de transporte, alimentación y familiar, así como al pago del sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984.

El personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario, y Carcelario, tendrá derecho a las prestaciones reconocidas a los empleados públicos nacionales y las que el Gobierno Nacional establezca en desarrollo de la Ley 4a. de 1992.

* **Decreto 446 de 1994 “Por el cual se establece el régimen prestacional de los Servidores Públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**

“**Artículo 10.PRIMA DE SEGURIDAD**. A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor de salario en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional.”

Teniendo en cuenta la anterior disposición se expidieron los Decretos 82 de 1994, 51 DE 1995, 33 de 1996, 53 de 1997, 63 de 1998, 40 de 1999, 260 de 2000, 2741 de 2000, 1478 de 2001, 2725 de 2001, 672 DE 2002, 3567 DE 2003, 4175 DE 2004, 939 DE 2005,  382 DE 2006, 611 DE 2007, 654 DE 2008, 719 DE 2009, 1384 de 2010, 1031 de 2011, 853 de 2012, por medio de los cuales se consagró el reconocimiento de la prima de seguridad a los cargos a quiénes les sería reconocida y el monto de su reconocimiento.

En lo que toca al estudio del derecho a la prima de seguridad de la demandante, se tiene que el **Decreto 1029 de 2013**, *“Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones”*, estableció:

**Artículo 24. Criterios y cuantía.**Teniendo en cuenta la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), establécese una prima de seguridad mensual, que no constituye factor salarial para ningún efecto legal, liquidada para aquellos empleados que presten sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad, equivalente hasta el cincuenta por ciento (50%) de la asignación o sueldo básico mensual, que no podrá exceder el monto de cuatro mil ciento dieciséis millones quinientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos treinta y dos pesos ($4.116.555.432) moneda corriente, señalados en el Presupuesto General de la Nación.

**Artículo 25. Procedimiento para su disfrute.**La prima de seguridad, a que se refiere este Decreto será asignada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), previa aprobación del Ministro de Justicia y del Derecho.

**Artículo 26. Temporalidad.**Solo se tendrá derecho a disfrutar de esta prima de seguridad mientras se desempeñen las funciones del empleo para el cual ha sido asignada en los establecimientos de reclusión y en el cuerpo especial de remisiones. No se perderá el derecho a la prima de seguridad cuando se pase de un centro o pabellón de reclusión de alta seguridad a otro de igual categoría.

**Artículo 27. Asignación a otros servidores.**El personal de los organismos de seguridad del Estado en comisión en los establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), de alta seguridad tendrá derecho a percibir por concepto de prima de seguridad mensual, que no constituye factor salarial para ningún efecto legal, una prima igual, decretada en la misma forma establecida en este Decreto, previa equivalencia del empleo por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho.

La prima a que se refiere el presente artículo solo se percibirá mientras el servidor comisionado desempeñe las funciones del empleo para el cual ha sido asignado.

**Artículo 28. Suspensión del reconocimiento.**El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, previa aprobación del Ministro de Justicia y del Derecho, podrá suspender el reconocimiento de la prima de seguridad otorgada al servidor Público a que se refiere este Decreto, en cualquier momento en que lo considere conveniente.

1. **Solución al caso concreto**
	1. **Pruebas allegadas al proceso**
2. **En cuanto a la prestación del servicio de la demandante durante el año 2013**
* Certificación suscrita por el Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita, en el que da cuenta que la señora Luz Marina García Murillo prestó sus servicios al INPEC en el Establecimiento de Alta Seguridad de Cómbita durante la vigencia de enero a diciembre del año 2013 en el cargo de pagador código 4173 grado 22. Con una asignación básica de $ 1.424.163.00. quien actualmente desempeña las mismas funciones en cargo y grado en este establecimiento.[[15]](#footnote-15)
1. **En cuanto a la reclamación del derecho discutido**
* Oficio fechado del 29 de octubre de 2013, por medio del cual la señora Luz Marina García Murillo, junto con 7 compañeros más, presentaron reclamación ante el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita en el que le manifiestan que toda vez que ellos laboran en un centro o pabellón de alta seguridad -Cuerpo especial de administración del Establecimiento de Alta Seguridad de Cómbita, tienen derecho al reconocimiento de la prima de seguridad conforme a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013.[[16]](#footnote-16)
* Oficio No 85107-SUTAH-GOPRO-26801 del 16 de diciembre de 2013, por medio del cual el Subdirector de Talento Humano del INPEC, respondió la reclamación indicando:

“de acuerdo con el artículo 1 de la Resolución 002647 de 2013 en los cupos asignados para el pago de Prima de Seguridad no se encuentran ninguno de los cargos mencionados en sus solicitudes.

De igual forma les informo que en cumplimiento de la circular 000046 del 30 de septiembre de 2013, el Dr Jorge Alberto Contreras Guerrero Director del EPAMSCAS Cómbita, remitió certificación enviada mediante correo electrónico con fecha del 26 de noviembre de 2013 de las personas con derecho a disfrute de la prima de seguridad, certificación en la cual no se registraron ninguno de sus nombres.

Por consiguiente, no es posible acceder a sus solicitudes.”

1. **En cuanto al procedimiento para el reconocimiento de la prima de seguridad para la vigencia 2013**
* Acta No 01 del 21 de junio de 2013 en el que consta que se discutió y analizó en la Dirección de Custodia y Vigilancia del INPEC la distribución de la prima de seguridad para algunos funcionarios del INPEC, de acuerdo al decreto 1029 del 21 de mayo de 2013. En el desarrollo de dicho análisis, se dejó constancia, entre otras cosas, de lo siguiente:

“El doctor Edwin Ruíz manifiesta que está adelantando una encuesta con los establecimientos con relación al personal administrativo que trabaja en los pabellones de alta seguridad y tiene contacto directo con los internos de este perfil y que el día de hoy tendría el listado con el fin de tener en cuenta estos funcionarios en los cupos para asignar en cada establecimiento. El coronel Pinzón manifiesta que se tiene proyectado una resolución de funcionarios administrativos profesionales especializados en el área de salud que van a laborar directamente en estos pabellones los cuales también se deben tener en la relación de cupos

(…)

El coronel Pinzón y el Coronel Velásquez manifiestan que se debe hacer una directiva para el pago de dicha remuneración donde se deje en claro que el personal que tiene derecho es quien labora en los pabellones y tiene contacto directo con dichos internos. Por lo cual el Doctor Edwin manifiesta que él se hace responsable de realizar dicha Directiva y de entregar al Dgte Toro Rincón Oscar los datos de cargos y cupos del personal administrativo en cada ERON para la realización del Estudio de pago.”

* Acta No 02 del 24 de julio de 2013, suscrita en la Dirección de Talento Humano del INPEC, en donde se dejó constancia del análisis de las propuestas presentadas por la Subdirección Cuerpo de Custodia y la Subdirección de Talento Humano; se establecieron los cupos y porcentajes para los Establecimientos y dos GROPE; realizar el costo de los cupos y porcentajes. Se dejaron entre otras constancias las siguientes:

“Con relación a la reunión anterior se realizaron los cambios solicitados por el señor teniente coronel Pompy Arubal Pinzón quien solicitó tener en cuenta el personal que labora en las áreas de sanidad, revisar el porcentaje del cargo de subdirector y hacer la proyección de costos con los nuevos cargos y cupos del personal administrativo según la propuesta presentada por la Subdirección de Talento Humano

(…)

El doctor Edwin Arturo Ruíz manifiesta que se tengan en cuenta en un mayor número los cargos para el personal administrativo y se toma la decisión en conjunto con el comandante superior Elver Gerardo Rosas Suárez de realizar el estudio de pago, tomando como base de asignación los porcentajes para los dragoneantes, distinguidos y personal administrativo, luego se asignan los demás porcentajes

El personal de funcionarios del Cuerpo de Custodia que laboran en los Grupos de Policía Judicial y Guías caninos que cumplen sus funciones en los Establecimientos que tienen derecho a la remuneración, serán incluidos en los cupos asignados según su grado y siempre y cuando tengan un manejo constante con los internos de Alta Seguridad”

Se estableció en aquella oportunidad los porcentajes a reconocer en la prima de cada cargo y se indicó que “Realizada la proyección de costos el total del pago de la prima sería de Cuatro Mil Ciento Dieciséis Millones Ciento Noventa y Seis mil Setecientos Cincuenta y Cinco Pesos ($ 4.116.196.755) monto que no supera el presupuesto por lo cual se fija como proyecto de pago de prima de seguridad de 2013.

Este estudio se pasará a la oficina asesora de planeación para que verifiquen la información y avale la información suministrada, para continuar con el trámite ante el Ministerio de Justicia y Derecho”

* **Acta No 03 del 12 de agosto de 2013** en el que se analizó en el INPEC la proyección de costos y propuesta presentada por la oficina de planeación **según oficio de agosto 9 de 2013**.
* Copia del oficio No 8200 DINPE -DICUV 5083 del 16 de agosto de 2013, por medio del cual, el director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, solicitó autorización para el pago de la prima de seguridad para algunos empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Para lo cual me adjuntó el certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente, proyección de costos y proyecto de acto administrativo.[[17]](#footnote-17)
* Copia del oficio No OFl13-0022702-OAJ-1500, suscrito por la ministra de Justicia y del Derecho, por medio del cual, aprobó la prima de seguridad para funcionarios del INPEC Fiscal 2013. En el texto de dicho oficio indicó:

“De los documentos allegados correspondientes al proyecto de resolución “Por la cual se asigna la Prima de Seguridad establecida en el Decreto No 1029 del 21 de Mayo de 2013”, la proyección de costos de la prima de seguridad vigencia 2013 contenida en el oficio 8100-OFPLA-000565 de 09 de agosto de 2013, suscrita por la Jefe de la Oficina de Planeación del Instituto, las actas número 01, 02 y 03 de 21 de junio, 24 de julio y 12 de agosto de 2013, respectivamente, en las cuales se determinaron los porcentajes sobre la asignación básica mensual y el certificado de disponibilidad presupuestal No 51113 de agosto 15 de 2013, suscrito por el Coordinador del grupo de Presupuesto del INPEC, por valor de cuatro mil ciento dieciséis millones quinientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos treinta y dos pesos ($ 4.116.555.432) moneda corriente se colige que se cumplen los topes presupuestales establecidos en el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013, para la asignación de la prima de seguridad a los funcionarios del INPEC.

Por lo antes expuesto, de conformidad con lo ordenado en el artículo 25 del Decreto 1029 de 2013, y teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, este Despacho imparte la aprobación para la asignación de la prima de seguridad para. Funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que se relaciona en el proyecto de resolución y en la proyección de costos, documentos que entran a formar parte como soporte de la presente decisión”.

* **Copia de la Resolución No 02647 del 9 de septiembre de 2013** [[18]](#footnote-18)por medio de la cual se asigna la prima de seguridad establecida en el **Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013**. Dentro de los motivos allí referidos se indicó:

“Que para tener derecho a la Prima de Seguridad, es necesario estar desempeñando los cargos a que se refiere el **artículo 24 del Decreto 1029 de 2013,** así mismo que sea asignada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, previa aprobación de la Ministra de Justicia y del Derecho.

La prima de seguridad se adjudica a los Establecimientos y Pabellones de Alta Seguridad, al Comando de Reacción inmediata CRI y al Comando Operativo de Remisiones de Especial Seguridad – CORES – de conformidad en lo establecido en el Decreto 1029 de 2013 en sus artículos 24 (Criterio y cuantía) y 25 (procedimiento para su disfrute)”

Que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 446 de 1994, el INPEC podrá reconocer la Prima de Seguridad a algunos empleados que laboren en Establecimientos de Reclusión de especial seguridad, la cual no constituye factor salarial.

Que la Dirección General del Instituto estableció lineamientos para el otorgamiento de la Prima de Seguridad con base en el Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013. Lo anterior se encuentra consignado en las actas No 01, 02, 02 de Junio de 2021 julio 24 y agosto 12 de 2013 respectivamente, y en el oficio 8100 -OFPLA-000565 de Agosto 9 de 2013 referente a la proyección costos prima de seguridad.

Mediante comunicación número OFl13-0022702-OAJ-1500 de 2013 la señora Ministra de Justicia y del Derecho aprobó el proyecto de Resolución de la asignación de prima de seguridad presentado por el INPEC.

Que en la desagregación del presupuesto de funcionamiento del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, correspondiente a la vigencias fiscal 2013, está previsto el rubro A 1-0-1-5-17-1 Prima de Seguridad” con una apropiación de CUATRO MIL CIENTO DIÉCISÉIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($ 4.116.555.432) MONEDA LEGAL.

(…)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Asignar la prima de seguridad establecida en el Decreto 1029 de 2013 de conformidad con lo consignado No 01, 02, 03 de junio 21, Julio 4 y Agosto 3 de 2013 respectivamente y en el oficio 8100-OFPLA-000565 de Agosto 09 de 2013 referente a Proyección Costos Prima de Seguridad, en la cuales se determinaron los siguientes porcentajes sobre la Asignación básica mensual, así:

|  |  |
| --- | --- |
| Cargo | Porcentaje |
| Director de Establecimiento de Reclusión | 36% |
| Subdirector de Establecimiento de Reclusión | 30% |
| Personal Administrativo | 11% |
| Comandante de Vigilancia | 30% |
| Capitán de prisiones | 25% |
| Teniente de prisiones | 23% |
| Oficial logístico | 11% |
| Oficial tratamiento  | 11% |
| Inspector Jefe  | 22% |
| Inspector | 21% |
| Dragoneante | 12% |
| Distinguido  | 12% |

(…)

De acuerdo con la disponibilidad presupuestal y la asignación básica mensual para la vigencia fiscal de 2013 la Prima de Seguridad establecida en el Decreto 1029 de 2013 se asignará a los cargos que se relacionan a continuación, y la misma no constituye factor salarial:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| DEPENDENCIA/DENOMINACIÓN DEL CARGO | PORCENTAJE | NÚMERO DE CUPOS |
| Establecimiento penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita |
| 264 |
| Director de Establecimiento de Reclusión | 35% | 1 |
| Subdirector de Establecimiento de Reclusión | 30% | 1 |
| Comandante de Vigilancia | 30% | 1 |
| Teniente de prisiones | 23% | 5 |
| Oficial tratamiento | 11% | 1 |
| Inspector jefe | 22% | 3 |
| Inspector | 21% | 10 |
| Distinguido | 12% | 4 |
| Dragoneante | 12% | 222 |
| Enfermero auxiliar | 11% | 2 |
| Instructor | 11% | 2 |
| Médico – Medio tiempo | 11% | 1 |
| Odontólogo - Medio tiempo | 11% | 1 |
| Profesional especializado - Jurídica – Atención y tratamiento | 11% | 1 |
| Profesional universitario – Jurídica – Atención y tratamiento | 11% | 5 |
| Técnico administrativo | 11% | 2 |
| Técnico operativo | 11% | 2 |

(…)

ARTÍCULO SEGUNDO: Es responsabilidad de cada Director de Establecimiento o Pabellón de Alta Seguridad realizar la correcta distribución de cupos para funcionarios.

ARTICULO TERCERO: Es obligación de cada Director de Establecimiento y Pabellón de Alta Seguridad enviar certificación mensual al grupo de nómina de los Funcionarios a quiénes se les otorga la prima de seguridad por encontrarse prestando sus servicios como lo establece el Decreto 1029 de 21 de mayo de 2013.

* Circular No 000046 del 30 de septiembre de 2013[[19]](#footnote-19) suscrita por el Director General del INPEC y cuyos destinatarios fueron los Directores de Establecimientos Carcelarios de Alta Seguridad y Pabellones de Alta Seguridad, cuyo asunto eran “Las directrices para la asignación de prima de seguridad.” En dicha circular, se les indicó a los directores:

“1.2. Beneficiarios

Los beneficiarios de la prima para el año 2013 se encuentran establecidos en el artículo 1 de la Resolución 002647 del 9 de septiembre de 2013, a los cuales los Directores de Establecimientos Carcelarios de Alta Seguridad o Pabellones de Alta Seguridad y Subdirección del Cuerpo de Custodia y Vigilancia deben certificarles el tiempo que desempeñaron las funciones inherentes a su cargo y de acuerdo a esto se cancelará el porcentaje descrito

* 1. Condiciones de su disfrute

Se debe certificar a las personas que realizan funciones de seguridad y vigilancia, remisiones o funcionarios administrativos que cumplen con lo descrito en el Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013, por lo tanto, se recuerda la importancia de tener en cuenta las diferentes situaciones administrativas como vacaciones, ausentismos, traslados, incapacidades, funcionarios con conceptos médicos laborales (reubicados, funcionarios con recomendaciones médicas) u otras a las que se puedan ver expuesto los diferentes funcionarios, en el momento de realizar la correspondiente certificación, pues esta debe estar de acuerdo al número de días que el funcionario ejerció sus funciones.”

* Se allegó al expediente relación de funcionarios certificados con derecho a devengar la prima de seguridad para la vigencia 2013 de acuerdo a los cupos asignados mediante resolución 002647 de fecha 09/09/2013 de la Dirección General del INPEC. Se allega listado.[[20]](#footnote-20)
	1. **Solución al recurso de apelación**
* **Motivos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación**

Los motivos planteados por la entidad demandada en su recurso de apelación se sintetizan así:

1. Que conforme al Decreto 1029 del 21 de mayo de 2013, el cargo de pagador no se encuentra enlistado como beneficiario de la prima de seguridad, pues luego de adelantarse el proceso para determinación de cargos, el de la demandante no resultó beneficiado y en todo caso ello fue aprobado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.
2. Que el reconocimiento de la prima de seguridad se da atendiendo a la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del INPEC que presten sus servicios en centros o pabellones de alta seguridad. Al efecto, la Resolución No 002647 del 9 de septiembre de 2013 estimó que para la retribución de la prima, es necesaria la prestación activa del servicio en los cargos que se encuentran asignados en la parte resolutiva de la misma, y como el cargo de pagador no está contenido en la resolución, no tiene derecho a dicho pago. Y en últimas, dicho cargo no fue beneficiado por no tener contacto directo con los internos.
3. Que conforme al Decreto 446 de 1994, el reconocimiento de la prima de seguridad es facultativo de la entidad y ello depende del presupuesto, la cantidad de funcionarios y las funciones que deben ser desempeñadas dentro de los pabellones de los establecimientos en mención, razón por la cual las actas No 01, 02 y 03 de 2013,se estableció que el derecho le asiste al personal administrativo que trabaja en los pabellones de alta seguridad y que tienen contacto directo con los internos de este perfil.

**4.3. Solución a los argumentos del recurso de apelación**

Al efecto, analizará la Sala el derecho pretendido y el procedimiento seguido por la entidad para excluir a la demandante del reconocimiento de la prima de seguridad para la vigencia 2013**.**

Tal y como se vio en el acápite pertinente, la Constitución Política de 1991 estableció que el Congreso de la República será el encargado de dictar las normas generales a fin de establecer los objetivos y criterios que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para “**fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos”.**

Para tal fin, el legislativo expidió la Ley 4 de 1992 en la que estableció los objetivos que debía tener en cuenta el ejecutivo para establecer el régimen prestacional, entre otras entidades, d**el INPEC.**

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 407 de 1994 en el que estableció el régimen de personal del INPEC, y se diferencia en dicha norma, el personal que cumple propiamente funciones administrativas, y el personal que hace parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, considerado como aquél que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales.

Dicha diferenciación se evidencia además en el artículo 185 del referido decreto, que estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho a las prestaciones sociales que se enuncian a continuación, reconocidas por la Ley 32 de 1986 y en las normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4a. de 1992: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de instalación y alojamiento, prima de capacitación, prima de clima, prima extra carcelaria, prima de seguridad, prima de riesgo y prima de vigilantes instructores; adicionalmente tendrán derecho a pasajes y gastos de transporte, a los subsidios de transporte, alimentación y familiar, así como al pago del sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984. Indicó por su parte que El personal administrativo tendría derecho a las prestaciones reconocidas a los empleados públicos nacionales y las que el Gobierno Nacional establezca en desarrollo de la Ley 4a. de 1992.

No obstante, ha de indicarse que tanto al personal administrativo como al de Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria les asiste la connotación de empleados públicos.

Ahora bien, el Gobierno Nacional, atendiendo al artículo 150 constitucional ya referido y a la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 446 de 1994, por medio del cual, estableció el régimen prestacional de los servidores públicos del INPEC, contemplando en su artículo 10, que a los funcionarios del INPEC que presten sus servicios en centros o pabellones de especial seguridad, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que no constituye factor salarial.

Conforme a lo anterior, en el evento en que el Gobierno Nacional decidiera reconocer dicha prima de seguridad, debía tener en cuenta dos criterios a saber:

* + Ser funcionario del INPEC, que como se vio, ello puede darse como personal administrativo o como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria.
	+ Prestar el servicio en centros o pabellones de especial seguridad.

Ahora bien, el mismo artículo 10 del Decreto 446 estableció que la prima de seguridad sería reconocida teniendo en cuenta la especial responsabilidad la delicada misión inherente al cuerpo especial de **administración,** remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del Inpec. Nótese que el legislador señaló que la responsabilidad delicada comprende a todo el personal del INPEC, incluido el administrativo.

Y es que en este sentido considera la Sala que la delicada misión de prestar los servicios en un establecimiento carcelario de Alta Seguridad, no afecta solo al personal uniformado ni a los altos mandos administrativos, pues la sola asistencia a la Institución comprende un riesgo atendiendo a la población carcelaria allí recluida.

Es cierto que para algunos empleados el riesgo en materia de seguridad por su asistencia a los establecimientos carcelarios de alta seguridad es mayor, por ejemplo, el personal uniformado, pero ello no implica que el personal administrativo no se encuentre en riesgo por la prestación del servicio en dicho establecimiento. No obstante, dicha diferenciación se ve materializada en el porcentaje de asignación de la prima, más no en la exclusión del derecho.

Siendo entonces facultativo del gobierno nacional el reconocimiento de prima de seguridad, para el caso concreto, el ejecutivo expidió el Decreto 1029 de 2013 por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones. Frente a la prima de seguridad, estableció, que teniendo en cuenta la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del INPEC, se establecía una prima de seguridad mensual que con constituye factor salarial.

Cumplió el ejecutivo entonces con su competencia delegada por el Congreso, al establecer el reconocimiento de la prima de seguridad para la vigencia 2013, indicando que dicho reconocimiento se realizaría a:

* + **Al cuerpo especial de administración**
	+ Al personal de remisiones
	+ Al personal de custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec),

Nótese entonces que el Gobierno Nacional, siendo el competente por delegación expresa del legislativo para fijar la prima de seguridad, no tuvo en cuenta criterios de exclusión para el reconocimiento, tales como los que se refieren al personal de tipo administrativo que no tienen contacto directo con los internos en el marco de sus funciones.

Al efecto, lo que tuvo en cuenta para reconocer dicho derecho es la especial responsabilidad y la delicada misión inherente al ejercicio de las funciones del cuerpo especial de administración, remisiones, custodia y vigilancia, y dicha responsabilidad, a criterio de esta Sala, está presente tanto en los cargos de tipo administrativo como en los ejercidos por Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria.

Y es que si lo que el ejecutivo hubiera querido era proteger a quiénes están en contacto directo con el personal de reclusos por la delicada misión que ello conlleva hubiese creado dicha prima sin ambages, de modo explícito, y sin lugar a dudas para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria que es el personal uniformado y armado de los establecimientos carcelarios, pero la normativa, tuvo en cuenta fue a todos los funcionarios del personal administrativo, remisiones y custodia y vigilancia, luego no hay lugar a discriminar e imponer condicionamientos que el Decreto no impuso.

En consecuencia, no existiendo criterios de exclusión contenidos en el respectivo decreto, no le era dable al Director General del INPEC ni a su cuerpo asesor, excluir a los funcionarios administrativos que según su criterio, no tenían contacto con los internos, pues con dicha determinación, se estaría modificando el contenido del **Decreto 1029 de 2013** y ello no es competencia del Director General del INPEC, ni de ningún otro funcionario de la misma entidad.

Y es que ello es así, por cuanto el legislador solo facultó al gobierno nacional para establecer el régimen prestacional de los empleados públicos y esa facultad al ser indelegable, no podía ser deducida vía interpretación por el director del INPEC, para afirmar que le era dable establecer a quiénes si debía reconocerse la prima y a quien no.

Dado lo anterior, considera la Sala que el director del INPEC al excluir de la asignación de la prima a la demandante, invadió competencias que son compartidas por el legislativo y el ejecutivo y ello de contera anula el acto administrativo que negó el reconocimiento de la prima de seguridad a la demandante.

Es cierto como lo afirma la defensa, que el artículo 25 del Decreto 1029 de 2013 estableció que el procedimiento para el disfrute de la prima de seguridad, sería asignada por el Director General del INPEC, previa aprobación del ministro de Justicia y del Derecho.

Sin embargo, la normativa señaló que la competencia del director consiste en **asignar la prima,** **más no reconocerla**, pues se insiste, ello era potestad del ejecutivo. En otras palabras, estando ya la prima reconocida a los funcionarios del INPEC que prestaran su servicio en centros o pabellones de especial seguridad, bien del área administrativa, remisiones, o del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria, era deber del director asignarla, entendida dicha facultad como el establecimiento del porcentaje a cada cargo sin exceder el tope asignado por el presupuesto nacional.

Y es que las actas No 01, 02 y 03 aportadas como pruebas y referidas anteriormente, dan cuenta que en efecto el Director Nacional, a través de sus asesores, discutieron el porcentaje a reconocer a cada cargo – obligación que le había sido impuesta por el artículo 25 del Decreto 1029 de 2013.

Cumplida dicha obligación, debía la entonces ministra de Justicia y del Derecho aprobar dicha asignación, pero nótese que en este caso, dicha funcionaria no verificó en el acto administrativo de aprobación que se hubiese incluido a todo el personal ordenado por la norma, pues en el oficio No OFl13-0022702-OAJ-1500, por medio del cual la Ministra de Justicia y del Derecho aprobó la prima de seguridad para funcionarios del INPEC Fiscal 2013, indico que con los documentos a ella allegados, **se determinaron los porcentajes sobre la asignación básica mensual sin exceder los topes presupuestales establecidos en el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013.** Que, de acuerdo a ello, le impartía aprobación de acuerdo al proyecto de resolución y proyección de costos.

La motivación del acto de aprobación es clara en señalar que la ministra verificó los porcentajes asignados, los cuales no podían excederse del presupuesto asignado, pues la prima se encontraba reconocida y dicha entidad, ni el director del INPEC, eran competentes para hacer un nuevo reconocimiento. En consecuencia, es cierto como lo afirma la defensa de la entidad que la Ministra de Justicia y del derecho aprobó la asignación, pero se insiste, la misma solo se pronunció frente a los porcentajes asignados y al no exceso del presupuesto, de donde se colige que la misma era sabedora de que el reconocimiento no era competencia ni de ella ni del funcionario del INPEC.

Ahora bien, la Resolución No 02647 del 9 de septiembre de 2003 [[21]](#footnote-21) por medio de la cual se asigna la prima de seguridad, indicó que *“para tener derecho a la Prima de Seguridad, es necesario estar desempeñando los cargos a que se refiere el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013, así mismo que sea asignada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, previa aprobación de la Ministra de Justicia y del Derecho*”.

De lo anterior se infiere que la resolución que le asignó a la demandante la prima de seguridad evidentemente se encuentra falsamente motivada, porque refirió que sería reconocida a quienes desempeñaban los cargos establecidos en el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013, situación que no obedece a la realidad, porque l**os cargos mencionados en dicho decreto incluyen al personal administrativo,** y a la demandante, que hizo parte del personal administrativo, no le fue reconocida.

Diferente es que previo a expedir la resolución, el director del INPEC, haya modificado de manera arbitraria el referido artículo 24, imponiendo nuevos requisitos como el hecho de tener contacto directo con los internos.

Por ello, considera la Sala que el director del INPEC en cumplimiento de sus funciones de asignación de la prima excedió sus facultades e invadió las del ejecutivo, y con ello vulneró el derecho a la igualdad de la demandante, pues el reconocimiento de la prima de seguridad fue ordenado al personal administrativo, sin distingo alguno, **pero el director estableció un criterio de diferenciación no contenido en la norma.** La Corte Constitucional[[22]](#footnote-22), con respecto al derecho a la igualdad, ha expresado:

“El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes[[3]](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-229-11.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn3%22%20%5Co%20%22). El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique[[4]](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-229-11.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn4%22%20%5Co%20%22).

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad”

(…)

En este caso, no se trata de un desconocimiento al derecho a la igualdad por parte del legislador ni del ejecutivo, pues estos, no establecieron diferencia alguna entre el personal administrativo que tuviese o no contacto con los internos, pero dicha discriminación sí fue realizada por el director del INPEC al establecer distinciones que la misma norma no autorizaba y además invadiendo competencias que no le correspondían.

Nótese que el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013 ordenó el reconocimiento de la prima de seguridad, para el caso concreto, **al personal administrativo** **que prestara sus servicios en establecimientos de alta seguridad,** **más no indicó que respecto de dicho personal debía seleccionarse solamente al que tuviera contacto directo con los internos,** distinción no fue autorizada por la norma y, por tanto, la Resolución No 02647 del 9 de septiembre de 2003 vulnera el derecho a la igualdad de la parte demandante, incluso [[23]](#footnote-23)￼, a quiénes sí les fue reconocido el derecho aquí pretendido.

Es cierto -como lo afirma la entidad demandada- que el reconocimiento de la prima de seguridad conforme al Decreto 446 de 1994 es de carácter facultativo, pero dicha facultad fue utilizada por el gobierno nacional en el año 2013 a través del decreto 1029 del mismo año, procediendo a su reconocimiento, sin que le fuere dable al director del INPEC legislar, porque ello no es su competencia.

Finalmente, no puede pasar por alto la Sala que el INPEC desconoció con su actuar lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 1029 de 2013, que estableció que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4a de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”*

En consecuencia, toda vez que el procedimiento utilizado por el INPEC para asignar la prima de seguridad para la vigencia 2013, contrarió lo dispuesto en el Decreto 1029 y en la Ley 4 de 1992, dicho procedimiento debe considerarse lesivo del derecho a la igualdad de la demandante, y, por ende, se debe acceder, como lo hizo el a quo al derecho pretendido.

En últimas, se encuentra acreditado dentro del expediente, que la demandante laboró para la vigencia 2013 en el cargo de pagador – cargo administrativo – en el Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad de Cómbita, acreditando con ello los requisitos establecidos en el artículo 24 del Decreto 1029 de 2013.

Sin más consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

**5.Costas y agencias en derecho**

Conforme a lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la Sala condenará en costas a la entidad demandada, toda vez que apeló la sentencia de primera instancia, y esta Sala determinó confirmar íntegramente la providencia recurrida.

No obstante, aclara la Sala que en la segunda instancia no se encuentran acreditadas ni comprobadas las costas procesales, entendidas como los gastos útiles en que incurrió la demandante, por lo que se considera que la condena se encuentra acreditada en lo que toca a las agencias en derecho, toda vez que, en esta instancia, la parte demandante se hizo presente con la presentación de sus alegatos de conclusión.

La liquidación de la condena en costas se hará por el juzgado de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Será el a quo el que determine el monto de las agencias en derecho, conforme al acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá**,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Tunja el día 27 de julio de 2017, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.** Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Las mismas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 366 del Código General del proceso en concordancia con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión virtual de la Sala Segunda de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado encargado Despacho No 6**

1. Ver folio 41 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folios 70 a 80 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folio 100 del expediente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folios 112 a 114 y 133 a 135 del expediente [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folio 180 y 232 del expediente. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folios 239 a 242 del expediente [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver folios 234 a 238 del expediente. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver folios 244 a 253 del expediente [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver folios 255 a 259 del expediente. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver folios 266 y 267 del expediente. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver folio 272 del expediente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver folio 275 del expediente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver folios 277 a 280 del expediente [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver folios 404 a 430 del expediente [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver folio 18 del expediente [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver olios 14 y 15 del expediente [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver folio 171 del expediente. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver folios 19 a 27 del expediente [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver folios 28 a 30 del expediente [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver folios 142 a 156 del expediente [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver folios 19 a 27 del expediente [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia C 229 de 2011 [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver relación obrante a folios 144 y subsiguientes. [↑](#footnote-ref-23)