

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, cinco (05) mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-005-**2018-00177-01**
Interno: No. 2020-00515
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: OSCAR MONTERO MONTIEL
Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC
Referencia: Apelación de sentencia – Prima de riesgo INPEC.

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, el primero (1) de junio de dos mil veinte (2020), mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor OSCAR MONTERO MONTIEL, obrando por conducto de apoderado judicial, instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC solicitando las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS¹

“PRIMERA: *Que previa inaplicación parcial del artículo 11 del Decreto 446 del 24 de febrero de 1994 en lo referente a que la prima de riesgo no es factor salarial, por ser manifiestamente violatorio de normas de carácter superior contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política, que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, se declare la nulidad del acto administrativo particular Oficio Radicado 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018, signado por JACQUELINE BERMÚDEZ FORERO, Coordinadora del Grupo de Nómina del INPEC, notificado al suscrito a apoderado a través de correo electrónico el 23 de enero de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo.*

SEGUNDA: *Se declare la nulidad del acto administrativo particular Oficio Radicado 85105 SUTAH-GRUNO-02119 del 21 de febrero de 2018, signado por LUZ MYRIAN TIERRADENTRO CACHAYA, Subdirectora de Talento Humano del*

¹ Ver en anexo 01 Cuaderno Principal pagina 23-46 de la Carpeta Juzgado del Expediente Electrónico.

INPEC, recibido por el suscrito a apoderado el 16 de marzo de 2018, mediante el cual se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación.

TERCERA: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho, ordénese al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC que reconozca y pague, debidamente indexada, la reliquidación de todas las primas de vacaciones, navidad, servicios, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el quede integrada la prima de riesgo como factor salarial.

CUARTA: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 187,192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTA: Que sean pagadas las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso.”

HECHOS

Como sustento fáctico, la parte accionante relaciona:

1. *“Mi mandante sostiene una relación legal y reglamentaria con el INPEC desde el 01 de enero de 2000, ostentando el cargo de Dragoneante 4114 Grado 11.*
2. *En la actualidad labora en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña COIBA y devenga un sueldo básico de un millón ciento ochenta y dos mil doscientos setenta y tres mil pesos m/cte. (\$1.182.273.00).*
3. *El INPEC además del sueldo básico le paga mes a mes una prima denominada de riesgo, ordenada en el artículo 11 del Decreto nro. 446 de 1994, equivalente al 30% del sueldo básico, que no constituye factor salarial.*
4. *Se realizó reclamación administrativa a la demandada, solicitando el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales, la prima de riesgo y que consecuentemente se reajustaran y pagaran todas las primas y prestaciones sociales causadas, como lo son las primas de vacaciones, navidad, servicios, cesantías e intereses a las cesantías, liquidadas todas con el salario realmente devengado en el que quede incluida la prima de riesgo, que fue contestada mediante oficio radicado 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018.*
5. *Se interpuso recurso de apelación contra el documento precitado, que fue desatado a través de oficio radicado 85105-SUTAH-GRUNO-02119 del 21 de febrero de 2018, quedando de esta manera agotada la actuación administrativa.*
6. *El Decreto 466/94, "por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC", además de establecer cuáles categorías de empleados tienen derecho a percibir mensualmente con carácter permanente la prima especial de riesgo, se extralimitó al consignar en su art. 11 que la prima de riesgo no podía constituirse como factor salarial.*
7. *No obstante lo anterior, en el mismo decreto, remitiéndonos al artículo 17 que trata el tema del sobresueldo, sí lo reconoce como factor de salario para liquidar las prestaciones sociales.*

8. *El INPEC liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, como son: prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías, sin incluir el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que debe incorporarse como factor salarial y reliquidar las prestaciones periódicas relacionadas.*
9. *El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, fue la base normativa para la liquidación de las prestaciones descritas en el hecho anterior y sobre las cuales el INPEC, cada año las liquidaba tomando como factores los presupuestados en dicha normatividad, sin que se incluyese la prima de riesgo, liquidación deficitaria que conllevó al demandante causación de perjuicios originados al quedar disminuido el valor de sus derechos sociales.*
10. *El artículo 4º de la Constitución Política consagra la inaplicabilidad en caso de incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica frente a la Carta Magna.*
11. *Como la prima de riesgo es constitutiva de salario según la orientación jurisprudencial de nuestro órgano de cierre, que entre las más recientes está la proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 1º de agosto de 2013, Sección Segunda, Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE, radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), para efectos de su reconocimiento en el sub judice, procede la inaplicabilidad del artículo 11 del Decreto 466 de 1994, en cuanto indica que esta prima no lo es...”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Dentro del término de traslado de la demanda que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada contestó el libelo introductorio de la referencia, y después de oponerse a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, agregó lo siguiente:

“(...)”

*“En virtud de las anteriores disposiciones, el señor **OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL**, fue nombrado a la planta de personal del INPEC, en el cargo de dragoneante, mediante resolución 5605 del 28de (sic) diciembre de 1999, tomando posesión de dicho cargo desde el día 1 de enero de 2000, conforme a las reglas contempladas en el decreto ley 407 de 1994, tal como se advierte de las pruebas documentales que se aportan.*

*Mediante resolución No. 00004 del 17 de diciembre de 2001, la Junta de Carrera Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, procedió a inscribir en el escalafón de carrera penitenciaria y carcelaria a unos empleados, dentro de quienes se relacionó, al aquí demandante, de manera tal, que el señor **MONTERO MONTIEL**, se encontraba al amparado de un fuero de estabilidad laboral.*

*Atendiendo entonces a que el señor **OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL**, se encuentra vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en virtud de una relación legal y reglamentaria, esta indiscutiblemente sometido a las regulaciones anteriormente referidas, en cuanto a su salario, y prestaciones sociales, a las que tiene derecho en contraprestación a su trabajo, por tratarse efectivamente de un régimen prestacional de carácter especial.*

² Ver en anexo 01 Cuaderno Principal pagina 104-110 de la Carpeta Juzgado del Expediente Electrónico.

Con los argumentos anteriormente planteados, queda suficientemente demostrado que la prima de riesgo contenida en el artículo 11 del decreto 446 de 1994, a la cual tiene derecho el demandante, por ser miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC, no tiene el carácter de factor salario, razón por la cual no puede tener incidencia legal alguna, en cuanto a la liquidación de primas y prestaciones sociales; por lo que manera alguna se podría exigir a mi representada, el desconocimiento parcial de dicho artículo, en el sentido de otorgar a esta prima, un efecto que legalmente le ha sido restricto.

Es necesario precisar que el artículo 11 del decreto 446 de 1994, norma que se acusa como violatoria tanto de tratados internacionales, como de la propia Carta Política Colombiana, ostenta plena vigencia en su aplicación, en virtud a que no ha habido pronunciamiento alguno que declare su inconstitucionalidad o ilegalidad; y si a consideración de la parte demandante, esta es una norma que transgrede normas superiores, debió haber procedido a demandarla de manera directa.”

En el mismo escrito propuso las excepciones denominadas: “LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO” y “EXCEPCION GENÉRICA”

SENTENCIA APELADA³

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el día primero (1) de junio de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de fondo que propuso el INPEC que denominó “legalidad del acto administrativo”, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor Oscar Fernando Montero Montiel contra el INPEC, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho a favor de la parte demandada, y a cargo de la parte demandante la suma de \$ 100.000, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

CUARTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

QUINTO: Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.”

Para llegar a la anterior decisión, el *a quo* consideró:

“(…)

“Así las cosas, de acuerdo con el recuento normativo realizado en las consideraciones generales y las conclusiones arrojadas del estudio de las mismas, al encontrar el Despacho que el señor Montero Montiel esta vinculado desde el 1 de enero de 2000 a la fecha, para efecto del reconocimiento salarial, prestacional e incluso pensional debe acudir al régimen especial que rige para los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional, esto es, las normas consagradas en el artículo

³ Ver en anexo 01 Cuaderno Principal pagina 127-140 de la Carpeta Juzgado del Expediente Electrónico.

*11 del Decreto 446 del 24 de febrero de 1994 que estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional entre otros, **tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial**, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente.*
(...)

De ahí que como se ha resaltado de la jurisprudencia ut supra, si bien el Consejo de Estado consideró extender a los guardianes del INPEC mediante sentencia de tutela del 7 de mayo de 2015 los efectos de la sentencia del 01 de agosto de 2013 mediante la cual unificó la naturaleza jurídica de la prima de riesgo para funcionarios del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, encuentra este despacho que el análisis efectuado fue respecto de unas circunstancias fácticas y jurídicas diferentes, toda vez que se trató de aspectos pensionales, y no de la liquidación de las prestaciones sociales en un régimen distinto, por lo tanto no puede ser aplicada en el presente asunto.

Mas aun si se tiene cuenta el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tampoco consagró como factor computable para la liquidación de la pensión, la aludida prima de riesgo, tal como se dejó ilustrado en líneas antecedentes, razones por las cuales resulta improcedente su inclusión para la liquidación prestacional del actor.

Así las cosas, el despacho no encuentra que la exclusión por parte del legislador de la prima de riesgo como factor salarial para liquidar prestaciones sociales de los empleados del INPEC, desconozca el artículo 53 superior ni las normas de orden internacional incorporadas al ordenamiento interno, que contemplan la naturaleza de salario, y en consecuencia se concluye que no se accedera (sic) a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, y con fundamento en lo expuesto, el Despacho declarará probada la excepción de fondo que propuso el INPEC que denominó "legalidad del acto administrativo".

Debido a que la excepción propuesta conduce a negar todas las pretensiones de la demanda, no es necesario analizar las demás, según el artículo 282 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011".

LA APELACIÓN⁴

Oportunamente, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Oral del Circuito de Ibagué el primero (1) de junio de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

(...)

"...Conforme a los anteriores postulados jurisprudenciales, constitucionales y legales, al ser la prima de riesgo una retribución permanente y mensual para los empleados del INPEC, la misma tiene un innegable carácter salarial, toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que la referida prestación hace parte de la remuneración que percibe mi mandante, en razón de su habitualidad y periodicidad, además teniendo en cuenta que es un emolumento que fue establecido en clara retribución de los servicios que presta.

⁴ Ver en anexo 01 Cuaderno Principal pagina 147-155 de la Carpeta Juzgado del Expediente Electrónico.

Dice el señor Juez en el fallo de alzada que lo dicho en la sentencia de unificación en precedencia, refiere a circunstancias diversas a las tratadas aquí, habida consideración que allí se trataron temas pensionales, sin embargo el juzgador no asumió su rol como juez laboral, porque de haberlo hecho, en relación con el principio in dubio pro operario, debió darle una aplicación extensiva al tema laboral; es que por más que sea juez administrativo, al impartir justicia en un tema laboral, debe asumir esa posición para impartir la situación más benéfica al trabajador.
(...)

En otras palabras, dentro del proceso se probó que mi representado devenga la prima de riesgo desde su ingreso al INPEC en el año 2000 cuando ya estaba instituida como parte de su salario porque la devengaba y mensualmente hasta la presente de manera mensual (sic) por tanto, fueron probados los requisitos de permanencia y habitualidad que caracterizan el concepto de lo que es el salario amén de que su pago se da como contraprestación de las actividades que desempeña, dada la naturaleza jurídica de la entidad a la que sirve; entonces la prima de riesgo devengada por el demandante no se realiza intermitente o esporádicamente o por mera liberalidad del empleador, sino que efectivamente se cancela como contraprestación al servicio como dragoneante de la aludida institución y por ende tiene el carácter de retribución directa, por lo que no se puede concebir como un factor sin que tenga intrínseco el carácter salarial que le es propio .

Igualmente, indica la sentencia en apelación que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 tampoco consagró como factor computable de la pensión a la prima de riesgo, situación que nada tiene que ver, habida consideración que la mencionada prima nació a la vida jurídica dieciséis (16) años después a través del Decreto 446 de 1994, entonces por sustracción de materia no existía, siendo esta una razón sin peso para argumentar la negación del derecho laboral que claramente se encuentra conculcado.

Sobre el anterior orden de ideas, considero que a la luz de los derechos laborales amparados convencional, constitucional y legalmente, además de los principios laborales ya indicados, no puede el Despacho declarar probada la excepción de "legalidad del acto administrativo", pues el acto atacado desconoce los parámetros de las disposiciones en comento por las razones ofrecidas a lo largo de este escrito y el juzgador no ofrece la protección de las garantías constitucionales que se le pidió amparar al trabajador en su condición más débil, razón por la que debió imprimirle las características de la condición (sic) que más le beneficiaba, lo cual brilla por su ausencia en la sentencia que se apela."

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, fue admitido mediante proveído fechado el dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020) (anexo N° 5 exp. adtivo.), posteriormente se ordenó correr traslado para alegar a las partes, a través de auto adiado el 18 de marzo de 2021, derecho del cual hicieron uso los extremos de la Litis (anexo N°013 y 014 exp. Adtivo), posteriormente ingresó al Despacho para proferir sentencia.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. Competencia del Tribunal

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un acto sujeto al derecho administrativo expedido por una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2 Problema jurídico

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si tiene derecho el señor OSCAR MONTERO MONTIEL a que se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales que le fueron pagadas, teniendo en cuenta la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

1.3. Definición del recurso

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte demandante en contra de la sentencia de primer grado.

2. Análisis sustancial

Pretende la parte demandante, se declare la nulidad del acto administrativo identificado con el N°. 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018, mediante la cual se denegó el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo, así como del acto administrativo con radicado 85105-SUTAH-GRUNO-02119 del 21 de febrero de 2018, mediante el cual se resolvió desfavorablemente un recurso de apelación.

Previo a abordar el fondo del asunto, la Sala efectuará el análisis de los elementos de convicción allegados al expediente dentro del término legal y con el lleno de los requisitos formales.

2.1. Recaudo probatorio

- a) Que mediante resolución 5605 del 28 de diciembre de 1999, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, se

nombró en periodo de prueba por un año al señor OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL.⁵

- b)** Que mediante acta de posesión N° 9157 del primero de enero del 2000, el señor OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL tomó posesión del cargo de Dragoneante código 5260 grado 09 (fol. 80 exp. Juz. Activo.).
- c)** Que mediante resolución N° 00004 del 17 de diciembre de 2001, se inscribió en el escalafón de carrera penitenciaria en el cargo de Dragoneante, código 5260 grado 11, al señor OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL (fol. 81-85 exp. Juz. Activo.).
- d)** Que mediante certificación suscrita por la señora JACQUELINE BERMÚDES FORERO se da cuenta que el señor MONTERO MONTIEL ha laborado desde el 1 de enero de 2000 y hasta la fecha de expedición de la misma sigue vinculado activamente, es decir, el 23 de enero de 2018 (fol. 6 exp. Juz. Activo.).
- e)** Que mediante derecho de petición adiado el 4 de diciembre de 2017, el señor OSCAR FERNANDO MONTERO MONTIEL solicitó al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, que se le reconociera como factor salarial para todos los efectos legales la Prima de Riesgo y así mismo se ordenara el pago de todos los factores salariales incluyendo la prima de riesgo (fol. 12-13 exp. Juz. Activo.).
- f)** Que mediante oficio N° 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018 se dio respuesta desfavorable al derecho de petición elevado el 4 de diciembre de 2017, argumentando que según los decretos que fijan las escalas de asignación básica de los empleados del INPEC, el personal carcelario y penitenciario tiene derecho a una prima de riesgo, que no constituye un factor salarial y en consecuencia de esto, no hay forma de reajustar las prestaciones sociales pagadas (fol. 15-16 exp. Juz. Activo.).
- g)** Que el 26 de enero de 2018, el señor MONTERO MONTIEL interpuso recurso de apelación en contra del oficio que dio respuesta al derecho de petición, argumentando que la prima de riesgo al percibirse de forma habitual dado que su pago se efectúa mensualmente, es un elemento constitutivo de salario, por lo tanto, no es procedente que se despoje como efecto salarial, ya que se le estaría disminuyendo el monto de las prestaciones sociales y así desfavorece al trabajador, es por esto que solicitó que se revocará el oficio N° 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018 y se profiriera acto administrativo que ordenara la liquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta como factor salarial la prima de riesgo (fol. 17-20 exp. Juz. Activo.).
- h)** Que mediante oficio N° 85105-SUTAH-GRUNO-02119 del 21 de febrero de 2018, que fue recibido por el señor MONTERO MONTIEL el 13 de marzo de 2018, se resuelve un recurso de apelación recalando que no es posible acceder a la petición dado que al ser un empleado que pertenece al cuerpo

⁵ Ver folio 77-79 del expediente Juz. Activo.

de vigilancia y custodia si tiene derecho a devengar la prima de riesgo, pero esta no constituye salario, así lo indica expresamente el decreto 330 de 2018 (fol. 94-95 exp. Juz. Activo.).

2.2. De la Prima de riesgo para funcionarios del INPEC del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria Nacional.

Inicialmente, se expidió la ley 32 de 1986 “Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”, en donde se estipuló:

“Artículo 2º. Definición del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado. Sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán elegir o ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones u actividades de índole partidista.

Parágrafo. Para la formación y capacitación del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, la Escuela Penitenciaria Nacional, abrirá filiales en los departamentos que a criterio de la Dirección General de Prisiones, estime necesario para adelantar cursos de capacitación a que hace referencia el presente artículo.”

En cuanto a las prestaciones sociales, las mismas se establecieron en la misma normatividad a partir del artículo 73 y siguientes, dentro de las cuales se encuentran la prima de navidad, vacaciones, servicios, instalación, derecho de pasajes y pagos de transporte, prima de clima, antigüedad, de vigilantes instructores entre otras, sin que se hubiera contemplado la prima de riesgo para aquel personal.

Con posterioridad se emitió el Decreto ordinario 446 del 24 de febrero de 1994 “Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC”, e instituyó la prima de riesgo así:

“ARTÍCULO 11. PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente.”

3. Caso concreto

De conformidad con la relación cronológica reseñada en el acápite de hechos probados, se encuentra demostrado que el señor OSCAR MONTERO MONTIEL, elevó el 4 de diciembre de 2017, petición de reajuste salarial incluyendo la prima de riesgo, de la cual considera es beneficiario por ser empleado adscrito al cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

La anterior solicitud fue decidida el 23 de enero de 2018 de forma negativa, para lo cual, dentro del término correspondiente, el demandante interpuso recurso de apelación en contra de dicha respuesta y en oficio adiado el 21 de febrero de 2018

se decidió por parte de la entidad demandada, confirmar la decisión bajo los argumentos inicialmente esgrimidos en la respuesta al derecho de petición.

Consecutivamente, el señor MONTERO MONTIEL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el 21 de junio de 2018, atacando el acto administrativo con radicado N° 85105-SUTAH-GRUNO-00594 del 23 de enero de 2018, en el que se resolvió desfavorablemente el derecho de petición adiado el 4 de diciembre de 2017, dado que, según los decretos que fijan las escalas de asignación básica de los empleados del INPEC, el personal carcelario y penitenciario tiene derecho a una prima de riesgo, que no constituye un factor salarial y en consecuencia de esto, no hay forma de reajustar las prestaciones sociales pagadas.

Así mismo, solicita la nulidad del acto administrativo N° 85105-SUTAH-GRUNO-02119 del 21 de febrero de 2018, en el que se resuelve un recurso de apelación, argumentando que no es posible acceder a la petición dado que al ser un empleado que pertenece al cuerpo de vigilancia y custodia, si tiene derecho a devengar la prima de riesgo pero esta no constituye salario, dado que así lo indica expresamente el decreto 330 de 2018, y en consecuencia de la nulidad de los actos nombrados anteriormente se reconozca y pague debidamente indexada la reliquidación de todos los factores salariales con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial.

En razón de lo expuesto, en la sentencia apelada se denegaron las pretensiones pues, se le recalcó al demandante que no es posible incluir la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, dado que la ley expresamente lo establece en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, con la connotación de no tener un carácter salarial.

Con base en lo indicado, el extremo demandante interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 1 de junio de 2020, dado que a su criterio al ser la prima una retribución permanente y mensual, tiene un innegable carácter salarial y solicita sea revocada la sentencia para que le incluya así, la prima de riesgo como factor salarial.

En torno al caso que ocupa la atención de la Sala, el Honorable Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, actuando como demandante, el señor Wilson Guzmán Olaya y como demandado, el Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública, en providencia adiada el 30 de septiembre de 2021, identificada con radicación 11001-03-25-000-2014-00103-00 (0209-14), en acción de simple nulidad (artículo 11 del decreto 446 de 1994), Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, estableció sobre la prima de riesgos como factor salarial lo siguiente:

“... Inclusive, en lo que atañe a las primas, el Consejo de Estado ha explicado que estas son reconocimientos económicos adicionales para el empleado, es decir, que constituyen un «agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en

*todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral».*⁶

*En este orden de ideas, no resulta acertado sostener que todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales; por el contrario, aunque un concepto laboral no tenga tal incidencia, ello no es razón suficiente para afirmar que se desconoció el derecho al trabajo, pues esa inferencia solo puede hacerse luego de analizar con detalle la manera como está configurado el régimen salarial para el sector destinatario del emolumento, entre otros elementos que permitan determinar si dicha exclusión afecta el núcleo esencial del derecho en comento.*⁷

(...)

*Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que no todo lo que tenga naturaleza salarial debe incluirse para liquidar las prestaciones sociales, con fundamento en los siguientes razonamientos:*⁸

*[...] aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, **no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter***⁹ (el subrayado es de esta Corte).

[...] "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos. [Resalta la Sala].

El criterio antes citado fue ratificado en la Sentencia C-244 de 2013, en la cual se hicieron importantes precisiones frente a la materia ahora analizada, de las cuales se resaltan las siguientes:

i) El concepto de salario no implica que automáticamente cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales, por ende, «la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional».

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 2 de abril de 2009, radicado: 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07).

⁷ Al respecto puede consultarse la Sentencia C-244 de 2013.

⁸ Sentencia C-279 de 1996.

⁹ Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, "Sentencia del 12 de febrero de 1993", exp. No. 5481, Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.

ii) *El legislador en varias oportunidades ha suprimido la incidencia en la liquidación de prestaciones a ingresos básicos permanentes de los trabajadores, en razón a la implementación de diferentes políticas públicas, como las de salario integral y fomento del primer empleo.*

(...)

Por su parte, la Sentencia C-424 de 2006 retomó la tesis sentada en la Sentencia C-279 de 1996, esto es, que «el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores».

Igualmente, la Sala Plena del Consejo de Estado ha advertido la posibilidad de que un factor salarial no haga parte del ingreso base de liquidación de prestaciones sociales como las pensiones, bajo los siguientes argumentos:¹⁰

101. 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 periódicamente 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.

Las directrices jurisprudenciales antes analizadas en relación con la competencia que tiene el legislador para indicar que un factor salarial no se tomará como base para liquidar prestaciones sociales se aplica también al ejecutivo, pues este es quien por regla general crea las primas, bonificaciones y especifica el contenido del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, con respeto de los derroteros establecidos en la ley marco.”

Conforme a lo expuesto, al estudiar la presente controversia tenemos que, en el recurso de alzada, el recurrente manifiesta que la prima de riesgo al ser percibida de forma periódica y habitual debe constituir salario; como se ha explicado con la jurisprudencia anteriormente citada, no todas las remuneraciones habituales constituyen salario y mucho menos cuando están exceptuadas de esa connotación en disposición legal.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01 (4403-2013). Esta línea se ha mantenido en las siguientes providencias proferidas por la Sección Segunda de esta corporación, en sus Subsecciones A y B: i) sentencia del 11 de marzo de 2021, radicado: 25000-23-42-000-2014-01885-01 (3725-17); ii) sentencias del 8 de octubre de 2020, radicados: 25000-23-42-000-2014-01061-02 (2171-19) y 25000-23-42-000-2015-00743-02 (5324-18); iii) sentencia del 10 de septiembre de 2020, radicado: 25000-23-42-000-2015-05313-01 (3736-17); iv) sentencia del 2 de octubre de 2019, radicado: 08001-23-33-000-2013-90287-01 (4214-15).

En este sentido, si bien lo empleados del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO y CARCELARIO -INPEC adscritos al cuerpo de vigilancia y custodia, por razón de sus actividades reciben una “prima de riesgo” de forma mensual, esto no quiere significar que va a ser tenida en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales y posteriormente incluida para la liquidación pensional, lo anterior por la forma en que fue establecida la mencionada prima, en el artículo 11 del decreto 446 de 1994, relacionado en los acápites anteriores.

En síntesis, se puede concluir 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.

Con todo, al carecer de vocación de prosperidad los cargos formulados en el recurso de apelación formulado por la parte demandante, esta Corporación confirmará la sentencia recurrida por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda por el Juez de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones que anteriormente se señalaron.

Finalmente, se acepta la renuncia presentada por YEN JAMES ACOSTA ORTEGON, identificado con C.C. N° 93.451.116 y T.P. N° 155.880, como apoderado del INPEC, conforme el memorial obrante en el anexo N° 017, folios 1-5.

4. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente

etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A contrario sensu, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A.; si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas.

En el sub lite, como quiera que se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandante (Art. 365-1 C.G.P.), y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de segunda instancia a favor del extremo demandando, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

5. Síntesis

Así las cosas, y atendiendo los lineamientos trazados por la máxima instancia Constitucional en los pronunciamientos precitados, acogidos posteriormente por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación confirmará la sentencia proferida el 1 de junio de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

Primero: **CONFÍRMASE** la sentencia apelada proferida el 1 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, en consonancia con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

Segundo: **CONDÉNASE** en costas de la segunda instancia al señor OSCAR MONTERO MONTIEL, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, se fija el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: **ACEPTÉSE** la renuncia presentada por YEN JAMES ACOSTA ORTEGON, identificado con C.C. N° 93.451.116 y T.P. N° 155.880, como apoderado del INPEC, conforme el memorial obrante en el anexo N° 017, folios 1-5.

Cuarto: Una vez en firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE ANDRES ROJAS VILLA
Magistrado
(Ausente con incapacidad)


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibaguë - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a985fd5ae6ad1222306582af1ed09ff1739348b3596f6aabfbbe02a36fafd9b0**
Documento generado en 06/05/2022 10:50:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>