



## Sentencia 2013-01111 de 2019 Consejo de Estado

ACCIÓN DE REVISIÓN / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA PENSIONAL PARA EL PERSONAL DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL - INPEC / PRIMA DE RIESGO / FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE FUNCIONARIOS DEL INPEC / DEVOLUCIÓN DE MAYORES VALORES - No procede en virtud de la aplicación del principio de la buena fe / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Devolución de mayores valores reconocidos por sentencia judicial

La acción de revisión constituye un instrumento judicial, cuyo ejercicio busca introducir una excepción a la cosa juzgada para reivindicar y defender un bien superior: la protección del patrimonio público. [...] [N]o puede ser invocada por cualquier órgano estatal sino por el contrario, la legitimación en la causa para incoar dicha acción fue establecida de manera restrictiva en determinadas autoridades tales como: el Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación (...) la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. [...] La Ley 32 del 3 de febrero de 1986 se configuró como un régimen especial en materia pensional para el personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional- INPEC. [...] En lo atinente al componente prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional estableció en los Artículos 73 al 80 del citado estatuto un listado de prestaciones entre las cuales se encuentra la prima de navidad prima de vacaciones, prima de servicio, prima de instalación, prima de clima, prima de antigüedad, prima de vigilantes instructores y prima extracarcelaria, sin que se observe que tal dispositivo normativo creara para tales servidores la prima de riesgo. [...] [L]a prima de riesgo, sino que tal prestación solo vino a surgir en virtud del Decreto 446 de 1994, pero sin carácter salarial. [...] [E]l régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se deberá atender a la remisión. [...] debe acudirse a lo contemplado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. [...] [D]e los factores de salario enlistados en la norma (...) no se encuentra la prima de riesgo como prestación computable para liquidar la pensión. [...] [P]ara que determinada prestación sea considerada factor salarial, es menester que exista su consideración como tal, para lo cual requiere de un pronunciamiento directo del legislador de tenerlo como factor de salario. [...] [P]or ejercer actividades de alto riesgo y para ellos la pensión se le liquida teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio y sobre los cuales se hicieron aportes hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. [...] [L]a prima de riesgo, la bonificación por recreación y el subsidio familiar al carecer del carácter de factor salarial, dichas prestaciones no resultan computable para la reliquidación pensional [...] [N]o se dispondrá el reintegro de estas por parte del pensionado comoquiera que tales sumas fueron recibidas de buena fe [...]

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01111-00(2630-13)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Demandado: JOSÉ JOAQUÍN HOMEZ LOZANO

Referencia: LA PRIMA DE RIESGO NO TIENE CARÁCTER SALARIAL COMPUTABLE PARA LA PENSIÓN DE SERVIDORES DEL INPEC

I. Asunto.

1. La Sala procede a dictar sentencia dentro de la acción de revisión interpuesta<sup>1</sup> por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca de fecha 19 de mayo de 2011 que confirmó y adicionó el fallo de fecha 2 de junio de 2010 proferido por el juzgado catorce administrativo del circuito de Bogotá en el cual, resultó condenada la Caja Nacional de Previsión Social a reliquidar la pensión de jubilación del señor José Joaquín Homez Lozano, «incluyendo para el efecto, la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, sobresueldo, prima de riesgo, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, factores percibidos durante el periodo del 1 de marzo de 2004 al 28 de febrero de 2005, monto sobre el cual, se aplicará el porcentaje del setenta y cinco (75%) a partir del 1 de enero de 2001<sup>2</sup>».

Del recurso extraordinario de revisión<sup>3</sup>.

2. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a través de apoderada judicial interpuso acción de revisión contra la sentencia indicada en párrafo precedente, para lo cual, invocó la causal contenida en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que a su tenor señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

(...)

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) (...)

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables» Negrillas fuera de texto.

3. Como sustento de la causal invocada, señaló que la sentencia cuestionada reliquida la pensión del accionado tomando el valor de la prima de riesgo como factor salarial sin corresponder legalmente su inclusión.

4. Adujo que la Ley 32 del 3 de febrero de 1986<sup>4</sup> ni el Decreto 407 del 20 de febrero de 1994<sup>5</sup> señalaron expresamente los términos para la liquidación de la pensión ni los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para la pensión de jubilación. Sin embargo, por remisión expresa de los Artículo 114 y 184 de las normas antes citadas respectivamente, se establece que les sería aplicable el régimen de los empleados públicos, motivo por el cual, al revisarse lo señalado en el Decreto 1045 del 7 de junio 1978<sup>6</sup> que regula el tema de los factores salariales que se tendrán en cuenta para a efectos de la liquidación de la pensión de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, encuentra que en la misma no se incluyó la prima de riesgo como factor salarial para el reconocimiento pensional, a lo que se suma lo dispuesto en el Artículo 11<sup>7</sup> del Decreto 446 del 24 de febrero de 1994<sup>8</sup> que lo excluye taxativamente.

5. Por las anteriores razones, alegó que la sentencia controvertida no puede quedar incólume y en esa medida, resulta procedente que se declare fundada la presente acción de revisión y en consecuencia, se profiera fallo de reemplazo en la que se excluya de la reliquidación pensional del demandado la prima de riesgo como factor salarial computable para su pensión.

Contestación del recurso extraordinario.

6. El señor José Joaquín Homez Lozano fue notificado por conducto de curador ad-litem<sup>9</sup> doctora Ana Karina Arias Guerra quien recorrió el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la acción de revisión. Adujo que respecto de la prima de riesgo, esta corporación ha emitido varios fallos en los que concluye que tanto la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL como algunos tribunales administrativos y juzgados del país, omiten incluir como factor salarial computable la aludida prestación, la cual ha sido percibida en el último año de servicio como factor salarial. Agregó además, que por derecho a la igualdad, primacía de la realidad y favorabilidad cualquier servidor público amparado con la prima de riesgo debe adquirir su prestación económica pensional con todas las prerrogativas constitucionales y legales.

7. Alegó que aunado al hecho de no habersele tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios el pensionado, no se aplicó la normatividad vigente para el caso concreto y no se tuvo en cuenta que los regímenes especiales no han sido derogados por la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la sentencia que aquí se revisa debe hacer tránsito a cosa juzgada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

De la competencia.

8. La demanda en ejercicio de la acción de revisión que ocupa la atención de la Sala fue interpuesta el 15 de julio de 2013, es decir, en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, motivo por el cual, esta Corporación es competente para conocerlo, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 249 *ibídem*<sup>10</sup>.

9. Así mismo, precisa la Sala que atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Subsección que le corresponda de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del Artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Artículo 1° del Acuerdo N° 55 de 2003. No obstante, como dos de los integrantes de la Subsección B, doctores César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter han manifestado en Sala encontrarse impedidos por haber hecho parte de la sentencia cuestionada por este medio de impugnación, se aceptan dichos impedimentos y de procede a conformar la Sala de decisión con los magistrados de la Subsección A, doctores Rafael Francisco Suárez Vargas y Gabriel Valbuena Hernández.

Problema jurídico.

10. Corresponde a la Sala determinar si la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 19 de mayo de 2011 se encuentra inmersa en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003 como causal de revisión invocada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, de manera que, la Sala deberá establecer, si el señor José Joaquín Homez Lozano en su calidad de exfuncionario del INPEC tiene derecho o no a que le incluyan en la reliquidación la prima de riesgo como factor computable para la pensión.

11. Con el objeto de presentar un análisis sistemático y coherente, la Sala abordará el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: 1. La causal de revisión invocada; 2. De la prima de riesgo para los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. 3. Finalmente, resolver el caso concreto.

De la causal de revisión invocada.

12. La acción prevista en la Ley 797 de 2003, «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales», contempló la revisión del reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, en los siguientes términos:

«Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.»<sup>11</sup>. Negrillas fuera de texto

13. La acción de revisión constituye un instrumento judicial, cuyo ejercicio busca introducir una excepción a la cosa juzgada para reivindicar y defender un bien superior: la protección del patrimonio público, el cual es un bien sagrado de todos los colombianos que con el esfuerzo, trabajo y cumplimiento de nuestros deberes contribuimos a formarlo.

14. En la exposición de motivos que dio origen a la acción de revisión, se estableció que el propósito de consagrar las causales de revisión consistía en afrontar graves casos de corrupción en materia de reconocimiento pensional y evitar los perjuicios que por esa causa pudiese sufrir el erario. La siguiente fue la explicación que se adujo sobre ese particular:

«Artículos 20 y 21. Revisión y revocatoria de pensiones. Estos Artículos contemplan la posibilidad de revisar las decisiones judiciales, las conciliaciones o las transacciones que han reconocido pensiones irregularmente o por montos que no corresponden a la ley. Así mismo, se contempla la posibilidad de revocar las pensiones irregularmente otorgadas. De esta manera, se permite afrontar los graves casos de corrupción en esta materia y evitar los grandes perjuicios que pueda sufrir la Nación<sup>12</sup>».

15. Es decir, la consagración de las causales contenidas para dicha acción especial tienen como intención primordial poder realizar un estudio de las pensiones reconocidas en forma contraria a la ley, de modo que, en últimas, se eviten perjuicios de carácter patrimonial al erario.

16. Dicha revisión no puede ser invocada por cualquier órgano estatal sino por el contrario, la legitimación en la causa para incoar dicha acción fue establecida de manera restrictiva en determinadas autoridades tales como: el Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación. Sin embargo, el numeral 6<sup>13</sup> del Artículo 6 del Decreto 5021 de 2009<sup>14</sup> atribuyó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, la competencia para iniciar acciones de tal naturaleza.

De la prima de riesgo para funcionario del INPEC y el régimen pensional especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.

17. La Ley 32 del 3 de febrero de 1986<sup>15</sup> se configuró como un régimen especial en materia pensional<sup>16</sup> para el personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional- INPEC-, en la medida que el Artículo 1º, inciso 2º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985<sup>17</sup> los excluyó del régimen general de pensiones. En ese sentido, el inciso segundo del citado Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, refiriéndose a los sujetos exceptuados de la misma dispuso lo siguiente:

«No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.»

18. La referida Ley 32 de 1986 tuvo como objeto regular el ingreso, la formación, la capacitación, los ascensos, traslados y retiros del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, su administración y el régimen prestacional y pensional, definiendo en el Artículo 2º lo siguiente:

«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».

19. En lo atinente al componente prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional estableció en los Artículos 73 al 80 del citado estatuto un listado de prestaciones entre las cuales se encuentra la prima de navidad<sup>18</sup>, prima de vacaciones<sup>19</sup>, prima de servicio<sup>20</sup>, prima de instalación<sup>21</sup>, prima de clima<sup>22</sup>, prima de antigüedad<sup>23</sup>, prima de vigilantes instructores<sup>24</sup> y prima extracarcelaria<sup>25</sup>, sin que se observe que tal dispositivo normativo creara para tales servidores la prima de riesgo.

20. En cuanto al tema pensional, el Artículo 96 de la ley en comento, reguló lo relativo a las pensiones de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional señalando sobre el particular que:

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

21. Ahora bien, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, fue expedido el Decreto 2160 de 1992<sup>26</sup> por el cual se fusionaron la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio del mismo ministerio y se creó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. Luego fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario - Ley 65 de 1993<sup>27</sup>-, que estableció en el Artículo 15 el Sistema Nacional Penitenciario y en el Artículo 172 confirió facultades extraordinarias para que se adoptara el régimen de personal del INPEC.

22. Con base en las mencionadas facultades extraordinarias fue expedido el Decreto Ley 407 de 1994, que entró a regir el 21 de febrero del mismo año<sup>28</sup>, encontrando que en el Artículo 78 del mencionado Decreto Ley, se clasificó el personal del INPEC en dos categorías: a) Personal administrativo, y b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional<sup>29</sup>.

23. Días después de la expedición del decreto ley antes mencionado, fue proferido 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» y en su Artículo 11 consagró la prima de riesgo como una prestación en favor de los servidores de dicha institución, norma que a su tenor reza de la siguiente manera:

«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.» Negrillas fuera de texto.

24. Pues bien, retomando lo consagrado en el Decreto ley 407 de 1994, se observa que el mismo en su Artículo 168 conservó el régimen especial de la Ley 32 de 1986 para el personal que se encontraba vinculado al 21 de febrero de 1994, fecha en la que entró en vigencia el aludido decreto y dejó previsto que para quienes ingresaran al INPEC después de esa fecha le aplicaría lo correspondiente al Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sobre actividades de alto riesgo de los servidores públicos. Dijo el Artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994:

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

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

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

Parágrafo 2o. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993».

25. Posteriormente, la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993<sup>30</sup>, en el Artículo 140, incluyó como actividades de alto riesgo para los servidores públicos, las desarrolladas por el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria así:

«Artículo 140. Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad». Negrillas fuera de texto.

26. A su vez, la Ley 797 de 2003<sup>31</sup> introdujo algunas modificaciones a la Ley 100 de 1993 y confirió facultades extraordinarias para expedir el régimen legal de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo, en ejercicio de las cuales fue expedido el Decreto 2090 de 2003<sup>32</sup>, que derogó expresamente el Artículo 168 del Decreto Ley 407 de 1994. El Artículo 1º del Decreto Ley 2090 de 2003 definió las actividades de alto riesgo en los siguientes términos:

«Artículo 1º. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiéndose por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.»

27. Y el Artículo 2º del mismo Decreto Ley 2090 relacionó entre las actividades de alto riesgo, las de custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria:

«Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las

siguientes:

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública (...).

28. Después de adoptado el estatuto de las actividades de alto riesgo en el sector público, en el año 2005 se reglamentó el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993 mediante el Decreto 1950<sup>33</sup>, que en su Artículo 1º determinó:

«De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el Artículo 1º del Decreto 1835 de 1994».

Finalmente, el Acto Legislativo 1 de 2005<sup>34</sup> que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política dispuso en el inciso séptimo que a partir de su vigencia, esto es, 25 de julio, quedaban suprimidos todos los regímenes pensionales especiales, como regla general, con las excepciones o bajo las condiciones señaladas en el mismo acto legislativo; y en el párrafo transitorio 5º se ocupó expresamente del régimen pensional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia:

«[...] A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente Artículo.

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

(i) Con fundamento en el desarrollo legislativo realizado en líneas precedentes, se tiene que: (i) La Ley 32 de 1986 fue un régimen pensional especial frente al régimen general adoptado por la Ley 33 de 1985 para los servidores oficiales; (ii) Que la especialidad de dicho régimen obedeció a los riesgos inherentes a la función de custodia y vigilancia de los internos en las cárceles y penitenciarias nacionales, y por lo mismo, el requisito para su causación se circunscribió a 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en ejercicio de esa función; (iii) La Ley 32 de 1986 no creó en favor del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional- INPEC la prima de riesgo, sino que tal prestación solo vino a surgir en virtud del Decreto 446 de 1994, pero sin carácter salarial; (iv) El régimen de personal, salarial, prestacional y pensional del INPEC, adoptado por el Decreto Ley 407 de 1994, conservó la pensión especial en comento, expresamente para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia mediante la remisión expresa que al Artículo 96 de la Ley 32 hizo el Artículo 168 del Decreto Ley 407 en cita; (v) En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, la Ley 32 de 1986 no estableció qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, sin que se pudiera acudir al régimen prestacional de los funcionarios públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, en razón de lo preceptuado en el Artículo 1º *ibídem*, que excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - INPEC, por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, resulta procedente acudir a los presupuestos del Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Con fundamento en lo antes expuesto, procede a Sala a resolver el caso concreto.

Del caso concreto.

29. Es importante precisar, a efecto de resolver el problema jurídico planteado, que la UGPP acepta la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 19 de mayo de 2011 en cuanto al régimen aplicable contenido en la Ley 32 de 1986 al señalar que «Teniendo en cuenta que el señor HOMEZ LOZANO al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, es claro que se encontraba cobijado por la transición que contempla tal estatuto. En consecuencia, le asiste el derecho a que los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se rijan por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraba<sup>35</sup>», de manera que, no discute o cuestiona aspecto alguno relacionado con el régimen aplicado.

30. Luego entonces, el debate planteado por el ente previsional se circunscribe a establecer si la prima de riesgo que le fue computado al señor José Joaquín Homez Lozano por disposición del fallo aquí controvertido, constituye factor salarial que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento pensional.

31. En esa medida, el argumento de la entidad demandante sobre el cual edifica la causal prevista en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003 consiste en que la pensión de jubilación reliquidada al señor José Joaquín Homez Lozano se está pagando en una cuantía superior a la que dispone la ley, en la medida que la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó se incluyera la prima de riesgo como factor computable para la pensión, sin que tuviese dicha prestación tal condición.

32. Con fundamento en lo anterior, la Sala procede a examinar la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor José Joaquín Homez Lozano contra la Caja Nacional de Previsión Social, en la cual, la citada corporación fijó como problema jurídico a resolver el siguiente:

«[...] se contrae a determinar, si el señor JOSÉ JOAQUÍN HOMEZ LOZANO, tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en aplicación del régimen especial de los Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, consagrado en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994»

33. En las consideraciones del fallo, se observa que el tribunal precisó que la demandada al proferir los actos acusados «[...] omitió incluir los siguientes factores salariales: Subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicio, prima de navidad y la prima de vacaciones, tal como se establece en las certificaciones visibles a folios 13, 14, 35 del expediente<sup>36</sup>».

34. Adicionalmente, señaló que teniendo en cuenta que el señor Homez Lozano se retiró del servicio el 1º de marzo de 2005, su monto pensional debe liquidarse con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio de acuerdo con el numeral 3 del Artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el numeral 3 del Artículo 1º de la Ley 62 de ese mismo año de acuerdo a la certificación que milita a folio 13 del expediente, esto es, además de los factores enlistados en los actos demandados, la prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y de transporte<sup>37</sup>.

35. Finalmente, la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de mayo de 201, dispuso confirmar el fallo de primera instancia y adicionó el mismo en el siguiente sentido:

«PRIMERO.-CONFIRMASE la sentencia del 2 de junio de 2010, proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá dentro del proceso promovido por el señor JOSE JOAQUIN HOMEZ LOZANO, con la siguiente adición:

CONDENAR a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL o la Entidad que haga sus veces a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor JOSÉ JOAQUIN HOMEZ LOZANO, mediante la Resolución No 18756 del 24 de julio de 2001, incluyendo para el efecto, la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, sobresueldo, prima de riesgo, prima de servicio, prima de navidad prima de vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio de transporte factores percibidos durante el período de 1 de marzo de 2004 al 28 de febrero de 2005, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del setenta y cinco (75%), el porcentaje del setenta y cinco (75%) (sic), a partir del 1 de enero de 2001, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.» Negrillas fuera de texto.

36. En efecto, se observa que el fallo cuestionado, si bien en la parte argumentativa no hizo pronunciamiento alguno referido a la prima de riesgo como factor computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor José Joaquín Homez Lozano, lo cierto es que en la parte resolutoria dispuso que se tuviera en cuenta dicha prestación para la reliquidación pensional como factor salarial devengado por aquel en el último año de servicio.

37. Ahora bien, en el presente asunto, es aceptado por la entidad accionante que el señor José Joaquín Homez Lozano laboró al servicio del Estado como funcionario del Ministerio de Defensa Nacional y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario por un periodo superior a 20 años, habiendo cumplido el status jurídico de pensionado el 27 de septiembre de 2000<sup>38</sup> y retirado del servicio a partir del 1 marzo de 2005 mediante Resolución 0622 del 15 de febrero de esa misma anualidad, hechos que no son objeto de debate por las partes.

38. Así mismo, son hechos admitidos por las partes que el señor Homez Lozano para el 1 de abril de 1994<sup>39</sup>, a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad, por lo que, se encontraba cobijado por el régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de dicho estatuto y en consecuencia, le asiste el derecho a que los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas y monto de la pensión se rijan por lo establecido en el régimen anterior.

39. Entonces, de acuerdo con el recuento normativo realizado en las consideraciones generales y las conclusiones arrojadas del estudio de las mismas, al encontrar la Sala que el señor José Joaquín Homez Lozano estuvo vinculado desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 28 de febrero de 2005<sup>40</sup>, para efecto del reconocimiento pensional debe acudir al régimen especial que regía para los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional, esto es, las normas consagradas en la Ley 32 de 1986 en concordancia con lo preceptuado en el Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el Artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, que estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia<sup>41</sup>, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el Artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986.

40. De manera que, en el caso particular, se tiene que para la fecha en que entró a regir el Decreto 2060 de 2003, el señor José Joaquín Homez Lozano se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria desde el 13 de septiembre de 1982 y adquirió su status de pensionado el 27 de septiembre de 2000, por lo que sin duda alguna le es aplicable en su integridad la citada Ley 32 de 1986.

41. Ahora bien, es preciso señalar que en vista que el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se deberá atender a la remisión de los Artículos 114<sup>42</sup> de la Ley 32 de 1986 y 184<sup>43</sup> del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

42. Sin embargo, la norma vigente para los empleados del orden nacional a que aluden los Artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985, canon que no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa consagrada en el Artículo 1º inciso 2º y por tanto, en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

43. Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Homez Lozano debe acudir a lo contemplado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que a su tenor señala:

«ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.»

44. Como se observa, de los factores de salario enlistados en la norma precitada, no se encuentra la prima de riesgo como prestación computable para liquidar la pensión. Así las cosas, el señor José Joaquín Homez Lozano no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la prima de riesgo en consideración a que, tal reconocimiento desborda 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, de suerte que, al no aparecer enlistado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo se encuentra excluido de la base para la liquidación de la pensión, aunado al hecho que la pluricitada prestación no tiene el carácter de factor salarial por mandato de lo estatuido en el Artículo 11 del Decreto 446 de 1994.

45. En esa medida, el *adquem* al desatar el recurso de apelación presentado contra la sentencia del 2 de junio de 2010 proferida por el juzgado catorce administrativo del circuito de Bogotá, debió precisar que la prima de riesgo no constituía factor computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor Homez Lozano, tal como lo hizo respecto de la indemnización por vacaciones no disfrutadas, la bonificación por recreación y el subsidio familiar al indicar que en cuanto a la primera «[...] el ordenamiento no ha previsto que puedan ser tenidas en cuenta para efectos de establecer la base de liquidación de la pensión<sup>44</sup> » y con relación a las otras dos, la «normatividad expresamente ha indicado que no es factor salarial...<sup>45</sup>» razones que igualmente resultaban aplicable a la prima de riesgo.

46. Con base en el anterior contexto, la Sala concluye que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca sección

segunda subsección B de fecha 19 de mayo de 2011, está incurso en la causal de revisión prevista en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, pues al ordenar la inclusión de la prima de riesgo como factor computable para la reliquidación de la pensión dio lugar a que la Caja Nacional de Previsión Social pague una mesada pensional superior a la determinada por la ley.

47. Bajo las consideraciones antecedentes, se deberá declarar fundada la acción de revisión y en consecuencia, infirmar la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 19 de mayo de 2011 y emitir la sentencia de reemplazo de que trata el siguiente acápite.

Sentencia de reemplazo.

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y sus pretensiones<sup>46</sup>.

48. El señor José Joaquín Homez Lozano por intermedio de apoderado, demandó la nulidad parcial de la Resolución 43741 del 14 de diciembre de 2005<sup>47</sup> por medio de la cual, le fue reliquidada la pensión por nuevos tiempos de servicio, la Resolución 1293 del 15 de febrero de 2006<sup>48</sup> a través de la cual, se resolvió el recurso de reposición instaurado contra el anterior acto administrativo siendo confirmado en todas sus partes y la Resolución 25848 del 4 de junio de 2007<sup>49</sup>, que reliquidó la pensión pero sin incluir la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

49. Como restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social «reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía de \$1.515.040 a partir del 1 de marzo de 2005 equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el periodo base de liquidación<sup>50</sup>»

50. Sustentó fácticamente las anteriores pretensiones, en el hecho de haber solicitado se reliquidara su pensión, la cual fue resuelta con la Resolución 43741 del 14 de diciembre de 2005 y aunque se aumentó la mesada a la suma de \$706.848,97 a partir del 1 de marzo de 2005, se desconoció el inciso segundo del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que ordena reconocer la pensión conforme al régimen anterior, es decir, como se venía reconociendo hasta el 30 de marzo de 1994 al personal del INPEC por ejercer labores de alto riesgo, prestación que se liquidaba tomando todos los factores salariales devengados en el último año de servicio<sup>51</sup>. Dicho acto administrativo fue recurrido siendo confirmado el mismo en su totalidad por medio de la Resolución 1293 de 2006.

51. Posteriormente, solicitó nueva reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales había hecho aportes, petición que fue resuelta por medio de la Resolución 25848 del 4 de junio de 2007, ordenando reliquidar la pensión con inclusión de la prima de riesgo pero desconociendo los demás factores salariales.

52. Señaló que el ente previsional argumentó que la liquidación se efectúa con el promedio del 75% sobre el salario promedio devengado en el último año conforme a lo establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero esta norma a juicio del apoderado del accionante, lo que indica son los factores para calcular las cotizaciones más no para la liquidación de las mismas.

De la contestación de la demanda.

53. La Caja Nacional de Previsión Social se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual, adujo las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Al respecto manifestó que para efecto del reconocimiento prestacional se le aplicó la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, pero para la liquidación la remisión se hace a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, razón por la cual, al liquidar la pensión solo se puede tener en cuenta los factores salariales aplicables al régimen general de seguridad social señalados de manera taxativa en el Artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

54. Como quiera que la parte demandante pretende le sean reconocidos y pagados todos los factores salariales y prestacionales aportados

tales como: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones, prima de servicios, prima de riesgo subsidio familiar y prima de navidad los cuales no se encuentran en el Decreto 1158 de 994, pues además de no tener fundamento jurídico para su otorgamiento de acuerdo a la norma citada, son prestaciones que no tienen una relación necesariamente vinculante con el aspecto salarial, pues para que determinada prestación sea considerada factor salarial, es menester que exista su consideración como tal, para lo cual requiere de un pronunciamiento directo del legislador de tenerlo como factor de salario.

Sentencia de primera instancia.

55. El juzgado catorce administrativo del circuito de Bogotá, mediante proveído de fecha 2 de junio de 2010, declaró la nulidad parcial de los actos administrativos acusado y a título de restablecimiento del derecho «[...] condenó a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. a reliquidar a partir del 1º de marzo de 2005 la pensión de jubilación del señor JOSÉ JOAQUÍN HOMEZ LOZANO para que su monto sea el equivalente al 75% del promedio de los factores salariales que fueron incluidos en los actos administrativos demandados, pero solo los devengados durante el último año de servicio (1º de marzo de 2004 al 28 de febrero de 2005), desde luego en las proporciones y porcentajes legales; debidamente indexados conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC)<sup>52</sup>»

56. Como argumento para acceder a la reliquidación pensional solicitada por el actor, sostuvo que:

« [...]no se remite a duda que el monto de la pensión – que es el aspecto que en esencia se discute en este caso- debió ser equivalente al 75% “del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”, según lo establece el Artículo 1º de la Ley 62 de 1985, de suerte que Cajanal no podía tomar un periodo distinto al antes mencionado, como efectivamente lo hizo tanto en el acto administrativo antes aludido, en donde liquidó la pensión con referencia a los 10 años (1995 a 2005), circunstancia que ratificó en la Resolución 25848 de 4 junio de 2007 fls. 39 a 42), ni mucho menos aplicar el Decreto 1158 de 1994, pues es evidente que esa forma de proceder, esto es, reconocer que el peticionario se encontraba en el régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero al propio tiempo aplicar esa ley de seguridad social a la hora de liquidar la mesada pensional, constituyó, ni más ni menos, una clara violación al principio de inescandabilidad normativa, lo mismo que un desconocimiento grosero del principio de favorabilidad

[...]

Pero como el Artículo 1º de la Ley 62 de 1985 no consagra como factores prestaciones aquellos excluidos de la base de liquidación por Cajanal, las primas adicionales, el subsidio familiar, las vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte, fuerza concluir que únicamente prosperan las suplicas del libelo para disponer que la liquidación se concrete al último año de servicio, tópico que pese a las inconsistencias ya aludidas, finalmente fue el que únicamente desconoció la entidad demandada...<sup>53</sup>»

Del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del *aquo*.

a. De la parte demandante.

57. El señor José Homez por conducto de su apoderada judicial apeló la decisión de primera instancia y adujo que el fallo recurrido ordena reliquidar la pensión con los factores salariales que tuvo en cuenta en el acto administrativo demandado pero en el último año de servicio, es decir, el sueldo, sobresueldo y bonificación por servicios prestados y excluye los demás factores a saber: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de riesgo, bonificación por recreación y la prima de navidad, olvidando que el demandante está cobijado por un régimen especial por ejercer actividades de alto riesgo y para ellos la pensión se le liquida teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio y sobre los cuales se hicieron aportes hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

b. De la parte demandada.

58. La entidad previsional adujo que para el caso del personal de custodia y vigilancia del INPEC, la norma del régimen especial no tiene señalados los factores que deben incluirse en el IBL para liquidar la mesada pensional, por lo que se debe recurrir a las normas de régimen general contenidas en la Ley 33 de 1985 o en la Ley 100 de 1993, razón por la cual, al liquidarse la pensión solo se pudo tener en cuenta los factores salariales señalados taxativamente en el Artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

59. Aunado a ello, alegó el desconocimiento del acto legislativo 01 de 2005, el cual consagró para la liquidación de las pensiones, solo se tendría en cuenta los factores sobre los cuales cada persona haya efectuado las cotizaciones, de manera que, lo pretendido por el actor no es viable toda vez que no cotizó por los factores que ahora reclama.

Del caso concreto.

60. El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si para efecto de la reliquidación pensional pretendida por el señor José Joaquín Homez Lozano debe tenerse en cuenta o no como factores computables para la liquidación de la pensión el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de riesgo, bonificación por recreación y prima de navidad.

61. Pues bien, al examinar la Sala los actos acusados, encuentra que a través de la Resolución 43741 del 14 de diciembre de 2005, al actor le fue reliquidada la pensión de jubilación a partir del 1 de marzo de 2005 por nuevos tiempos de servicio y para tal efecto, le fue tenido en cuenta los siguientes factores de salario: Asignación básica, bonificación por servicios y sobresueldo, decisión que fue recurrida y confirmada mediante Resolución 1293 del 15 de febrero de 2006, acto administrativo igualmente demandado.

62. Posteriormente, el accionante presentó nueva petición en fecha 3 de octubre de 2006<sup>54</sup> y solicitó «se efectúe la reliquidación correcta de la pensión... teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, con efectividad a partir del 1 de marzo de 2005<sup>55</sup>», siendo resuelta a través de la Resolución 25848 del 4 de junio de 2007 que dispuso reliquidar la pensión elevándola a la cuantía de \$731.999,04, incluyendo como factores de salarios la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, el sobresueldo y la prima de riesgo.

63. Como puede notarse, el anterior acto administrativo tuvo en cuenta para la reliquidación de la pensión del demandante la prima de riesgo dándole carácter salarial a dicha prestación, es decir, contrario a lo que la norma creadora de la misma dispuso, como quiera que el Artículo 11 del Decreto 446 de 1994 la consagró sin carácter salarial.

64. No obstante ello, el señor José Homez Lozano acudió ante la jurisdicción acusando los actos administrativos ya relacionados y pretendiendo que la Caja de Previsión Social le reconozca y pague la reliquidación de la pensión a partir del 1 de marzo de 2005, equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el periodo base de liquidación, aspiración respecto de la cual, el fallador de primera instancia consideró que las primas adicionales, el subsidio familiar, las vacaciones, los auxilios de alimentación y transporte al no estar consagrados en el Artículo 1º de la Ley 62 de 1985, como factores prestacionales no podrán ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión.

65. En primer lugar, debe precisarse que si bien la Resolución 25848 del 14 de diciembre de 2007 al reliquidarle la pensión al demandante tuvo en cuenta la prima de riesgo como factor computable, lo cierto es que, el Decreto 446 de 1994 que la instituyó lo hizo pero sin carácter salarial. En esa medida, debe indicarse que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario.

66. Ahora, para el caso específico de la prima de riesgo, se observa el ejercicio de la competencia compartida que existe entre el Congreso de la República y el ejecutivo nacional para regular el régimen de prestaciones sociales de los empleados público, en tanto, la Carta Superior al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso, estableció en el Artículo 150<sup>56</sup>, numeral 19, literal e), que al primero le corresponde dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

67. Entonces, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en desarrollo de la Ley 4º de 1992 expidió el Decreto ordinario No 446 de 1994 en el cual creó la prima de riesgo para los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, prestación que como se ha indicado, carece del carácter salarial y en esa medida, no puede ser factor computable para la reliquidación de la pensión pretendida por el demandante.

68. Aunado a ello, 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 pensional del actor.

69. Idéntica consecuencia aplica para la bonificación por recreación y el subsidio familiar, prestaciones sociales que carecen de la condición de factor salarial de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14 del Decreto 916 de 2005 y el Artículo 15 del Decreto 446 de 1994 que a su tenor señalan lo siguiente:

Artículo 14. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, por cada período de vacaciones, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.

Artículo 15. SUBSIDIO FAMILIAR. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1º de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, sin constituir factor salarial, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. Negrillas fuera de texto.

70. Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala que la prima de riesgo, la bonificación por recreación y el subsidio familiar al carecer del carácter de factor salarial, dichas prestaciones no resultan computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor José Joaquín Homez Lozano razón por la cual, se confirmará la sentencia de fecha 2 de junio de 2010 proferida por el juzgado catorce administrativo del Circuito de Bogotá en cuanto al derecho que le asiste al actor de reliquidarle la pensión de jubilación incluyendo para tal efecto la asignación básica, bonificación por servicios prestados, sobresueldo, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y subsidio de transporte, factores percibidos durante el periodo del 1 de marzo de 2004 al 28 de febrero de 2005, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del setenta y cinco (75%) a partir del 1 de enero de 2001 y excluyendo de la misma la prima de riesgo, la bonificación por recreación y el subsidio familiar.

71. No obstante, en el evento que en cumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial dentro de la reliquidación de la pensión del señor José Joaquín Homez Lozano, la Caja Nacional de Previsión Social o la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social hayan pagado las diferencias pensionales producto de la inclusión de ese factor, no se dispondrá el reintegro de estas por parte del pensionado comoquiera que tales sumas fueron recibidas de buena fe, en el entendido que fueron el producto de una condena judicial, razón por la cual se debe aplicar lo dispuesto en la parte final del Artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

72. Finalmente, en cuanto a la condena en costas, al tener en cuenta lo previsto en el Artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión de lo dispuesto en el Artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en especial, de lo previsto en sus Artículos 1<sup>57</sup> y 8<sup>58</sup>, al haberse resuelto favorable la acción de revisión, no hay lugar a condena en costas, máxime cuando no se demostró que estas se hubieran causado.

73. A manera de conclusión, encuentra la Sala que de acuerdo a los anteriores argumentos se configuró la causal de revisión prevista en el

Artículo 20 literal b) de la Ley 797 de 2003, lo que conlleva a declarar fundada la acción de revisión y como consecuencia de ello, infirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su reemplazo, se confirmará con modificaciones la sentencia proferida por el juzgado catorce administrativo de Bogotá, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Joaquín Homez Lozano en contra de la Caja Nacional de Previsión Social. Además, conforme al acápite que antecede, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Aceptase el impedimento manifestado por los Consejeros de Estado doctor César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter por haber conformado Sala en la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011, providencia contra la cual, se instauró la presente acción de revisión.

PRIMERO. Declárase fundada la acción de revisión presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por la causal prevista en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003 contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección segunda subsección B de fecha 19 de mayo de 2011 que confirmó y adicionó el fallo del 2 de junio de 2010, proferido por el juzgado catorce administrativo del circuito judicial de Bogotá.

SEGUNDO. INFÍRMASE la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- sección segunda - subsección B. En consecuencia CONFÍRMASE el fallo de fecha 2 de junio de 2010 del juzgado catorce administrativo del circuito de Bogotá, excepto el numeral 3º el cual se modifica quedando de la siguiente manera:

«3º Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. a reliquidar a partir del 1º de marzo de 2005 la pensión de jubilación incluyendo para tal efecto la asignación básica, bonificación por servicios prestados, sobresueldo, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y subsidio de transporte, factores percibidos durante el periodo del 1 de marzo de 2004 al 28 de febrero de 2005, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del setenta y cinco (75%) a partir del 1 de enero de 2001 y excluyendo de la misma la prima de riesgo, la bonificación por recreación y el subsidio familiar por no tener el carácter de factor salarial computable para la pensión».

TERCERO. En el evento que la Caja Nacional de Previsión Social o la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social hayan pagado la reliquidación de la pensión de jubilación al señor José Joaquín Homez Lozano con ocasión de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en cumplimiento de la sentencia que se infirmó en el numeral anterior, no habrá lugar a devoluciones por parte del pensionado, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que anteceden.

CUARTO. No se condena en costas.

QUINTO. Por secretaria, ordenase devolver a la apoderada de la UGPP doctora Lucía Arbeláez de Tobón, el título de depósito judicial No 5510374 (400100004459922) que reposa a folio 282 del expediente el cual fue aportado como caución bancaria en cumplimiento de lo dispuesto en auto de fecha 26 de noviembre de 2013.

SEXTO. Por secretaria, devolver al tribunal de origen el expediente No 11001333101420070050101, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación.

Notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Acción presentada en fecha 15 de julio de 2013, tal como consta a folio 273 vto del cuaderno principal.
2. Ver parte resolutive del fallo de segunda instancia que reposa a folio 190 del cuaderno principal.
3. Obra a folios 240 al 253 del cuaderno principal.
4. Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.
5. Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.
6. "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."
7. 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.
8. por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec
9. Ver acta de notificación que reposa a folio 318 del expediente.
10. «Artículo 249. Competencia.

(...)

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.» (Resalta la Sala).

11. Apartes tachados declarados inexequibles mediante Sentencia C- 835 de 2003. M.P.: Jaime Araujo Rentería, en tanto «[...] resulta lesiva del debido proceso (art. 29 C.P.), de la pronta y debida justicia (art. 229 C.P.) y del imperio del Estado Social de Derecho que a todos nos concierne observar y mantener (art. 1 C.P.), en la medida en que desborda y contradice el campo de acción que el Artículo 89 superior le demarca al legislador, el cual, precisamente, le encomienda a éste la función de propugnar por la integridad del orden jurídico, que de suyo debe proteger los derechos de todas las personas frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.»

12. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xpexm\\_l0797003.htm#Art%C3%ADculos%20%20y%2021](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xpexm_l0797003.htm#Art%C3%ADculos%20%20y%2021)

13. «6. Adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el Artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o normas que la adicionen o modifiquen».

14. «Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP- y las funciones de sus dependencias».

15. Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", sentencia del 12 de mayo de 2014, Rad. No.5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13).

17. "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector

18. Artículo 73. Prima de navidad. Todos los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un mes de salario que corresponda al cargo desempeñado el treinta de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre. Cuando el empleado no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido, a razón de una (1) doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

19. Artículo 74. Prima de vacaciones. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tienen derecho a que se les reconozca una prima de vacaciones equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicio.

20. Artículo 75. Prima de servicios. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

21. Artículo 76. Prima de instalación. Cuando un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, sea trasladado de una localidad a otra, se le pagará una prima de instalación que tendrá un valor equivalente a una suma que fluctúe entre el treinta (30) y el cincuenta (50) por ciento del sueldo básico, la cual será fijada por el Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta factores tales como la distancia, la calidad de las vías de comunicación, los medios de transporte empleados y otros semejantes. Igualmente se reconocerá una prima de alojamiento correspondiente a un treinta por ciento (30%) del sueldo básico. Cuando el traslado sea efectuado a solicitud propia no habrá lugar a reconocimiento de la prima de instalación.

22. Artículo 78. Prima de clima. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que laboren en los establecimientos carcelarios mencionados en el Decreto 1421 de 1975, tendrán derecho a que se les pague una prima de clima, equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico que devenguen. Esta prima será cancelada mensualmente.

23. Artículo 79. Prima de antigüedad. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que en la actualidad devenguen prima de antigüedad, continuarán devengándola en los mismos términos y en la misma cuantía establecida por el Gobierno Nacional

24. Artículo 80. Prima de vigilantes instructores. Los guardianes de primera clase que ejerzan las funciones de instructores, de acuerdo con el Artículo 14, disfrutarán de una prima del diez por ciento (10%) mensual sobre el sueldo básico, mientras cumplan simultáneamente las funciones de vigilancia y enseñanza, por lo menos durante la mitad del tiempo de servicio diario.

25. Artículo 85. Prima extracarcelaria. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, tendrán derecho a que el Municipio o Departamento correspondiente les cancele un sobresueldo no menor al veinte por ciento (20%) de las asignaciones que devenguen, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 259 de 1938.

26. Decreto 2160 de 1992 (Diciembre 30) "Por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia." Artículo 2º. "Naturaleza. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa."

27. Ley 65 de 1993 (agosto 19) "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario".

28. Decreto Ley 407 de 1994 (febrero 20), "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario." Artículo 186. "Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias." Fue publicado en el Diario Oficial No. 41.233, de 21 de febrero de 1994

29. D.L. 407/94, Artículo 78: "Categorías. El personal de carrera vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, para efectos del presente estatuto se clasifica en dos (2) categorías, las cuales se denominan de la siguiente forma: a) Personal administrativo, y b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional".

30. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

31. Ley 797 de 2003 (29 de enero) "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales." Artículo 17. "Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para: (...) 2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema."

32. Decreto 2090 de 2003 (26 de julio) "Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades". Artículo 11. "Vigencia y

derogatorias. El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el Artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el Artículo 5º del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el Artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.” Fue publicado en el Diario Oficial 42262 del 28 de julio de 2003

33. Decreto 1950 de 2005 (13 de junio) “por el cual se reglamenta el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993”

34. Acto Legislativo 1 de 2005 (julio 22) “por el cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política”. Artículo 2º. “El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.” Fue publicado en el Diario Oficial 45980 de julio 25 de 2005.

35. Ver folio 268 el cuaderno principal.

36. Ver folio 342 vto del cuaderno de origen.

37. Ibídem.

38. Ver Resolución que reposa a folio 38 al 42 del expediente y los hechos de la presente demanda de revisión.

39. ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

40. Ver certificado de tiempo de servicio que reposa a folio 206 del cuaderno de origen.

41. 21 de febrero de 1994

42. Artículo 114. Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

43. ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.

44. Ver folio 60 al 69 del cuaderno de origen.

45. Ver folio 343 vto.

46. Ver folios 44 al 51 del cuaderno de origen.

47. Ver folio 15 del cuaderno de origen.

48. Folio 25 del cuaderno de origen.

49. Folio 38 expediente de origen.

50. Ver folio 60 del expediente.

51. Folio 61 del cuaderno de origen.

52. Ver folio 273 del cuaderno de origen.

53. Folio 271 del cuaderno de origen.

54. Folio 31 al 33 del cuaderno de origen.

55. Folio 33 del expediente de origen.

56. 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;

57. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto».

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

---

*Fecha y hora de creación: 2025-06-18 00:45:24*