

PENSION DE JUBILACION DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL – Régimen especial

Dicho ordenamiento determinó que el Cuerpo de custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones. Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación de estos funcionarios, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, 21 de febrero de 1994, 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / DECRETO 407 DE 1994 – ARTICULO 168 / LEY 32 DE 1986 – ARTICULO 90

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE PENSION DE JUBILACION DE MIEMBRO DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – Principio de irretroactividad de la ley. Retiro del servicio por sobrepasar la edad máxima para dragoneantes

En contravía del régimen especial consagrado para los funcionarios del INPEC, el Director General de la Institución mediante la Resolución No. 3920 de 2003 ordenó el retiro del demandante, con fundamento en el parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el cual el actor contaba con 54 años de edad. En sentir de la Sala, la anterior disposición desconoce el principio de la irretroactividad de la ley, por cuanto la situación pensional del demandante se consolidó con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 797 y adicionalmente, existía norma especial contenida en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1993 que consagraban las causales de retiro del personal de vigilancia y custodia del INPEC. En efecto, el artículo 49 del Decreto 407 de 1994 estableció "... d) Retiro con derecho a pensión ..." Así entonces, para la Sala es clara la improcedencia del reintegro y de las demás pretensiones prestacionales, pues del material probatorio allegado al plenario se encontró que para la fecha de retiro del servicio, el actor acreditaba 54 años, es decir, contaba con 4 años más de la edad del retiro forzoso aplicable a la categoría de Dragonenante.

FUENTE FORMAL: DECRETO 407 DE 1994 – ARTICULO 49 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 / DECRETO 407 DE 1994 – ARTICULO 64

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-2004-01142-01

APELACION SENTENCIA

Actor: LUIS MARTIN CORREDOR

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso promovido por LUIS MARTIN CORREDOR contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

ANTECEDENTES

El actor, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó declarar la nulidad de la Resolución No. 3920 de 22 de octubre de 2003, mediante la cual la entidad demandada ordenó su retiro por derecho a la pensión de jubilación.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que sea reintegrado al mismo cargo o a otro de igual o superior jerarquía, así como el pago de todos los salarios y prestaciones que dejó de percibir desde la fecha de su retiro, con los ajustes y actualizaciones previstos en los artículos 176 a 179 del C.C.A.

Alega el actor que estuvo vinculado al INPEC, en el cargo de Dragoneante código 5260 desde el 7 de enero de 1980 hasta el 29 de octubre de 2003, fecha en que mediante la Resolución No. 3920, le fue comunicado el retiro definitivo de la Institución por el derecho a percibir la pensión de jubilación.

Expone que contrario a lo dispuesto en la decisión anterior, tenía derecho a permanecer en el cargo hasta cumplir los 65 años de edad o cuando voluntariamente presentara su renuncia al cargo, pues a los empleados de

custodia y vigilancia del INPEC, como es su caso particular, les son aplicables las disposiciones consagradas en el Decreto 407 de 1994 y no la ley 797 de 2003 como lo interpretó la entidad demandada.

Citó como disposiciones transgredidas con la expedición de los actos demandados los artículos 1, 2, 4, 15, 23, 25, 29, 53, 58 y 125 de la Constitución Política; 70 de la ley 32 de 1986; 8, 10, 18, 65, 83, 89, 99, 102, 103 y 111 del Decreto 407 de 1994; y 17 de la ley 797 de 2003; ley 33 de 1985. El concepto de violación lo desarrolló a folios 21 a 27.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto la disposición acusada se expidió de conformidad con las normas vigentes para la época, garantizando los derechos de los administrados y en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, teniendo en cuenta que los funcionarios del INPEC tienen un régimen de excepción para jubilarse con relación a la edad consagrado en el Decreto 407 de 1994 (fls. 39-45).

LA SENTENCIA

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (fls 120-128 vto). Señaló que de acuerdo al principio de la irretroactividad de la ley, al demandante no le es aplicable la ley 797 de 2003, según la cual el funcionario podrá ser retirado del servicio cuando sea reconocida o notificada la pensión de jubilación; ello por cuanto su situación se consolidó con anterioridad a la vigencia de esa disposición y adicionalmente porque se trataba de una pensión de jubilación de régimen especial consagrado en la ley 32 de 1986.

Negó la pretensión de reintegro, considerando que el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que una vez el particular se notifica del reconocimiento de la pensión de jubilación, podrá ser retirado del servicio si ha llegado a la edad de retiro forzoso, cuestión que se presentó en el sub lite al haber desempeñado un cargo que según el artículo 64 del Decreto 407 de 1994 -“*retiro por sobrepasar la*

edad máxima para cada grado”- catalogaba el retiro de los dragoneantes a los 50 años.

LA APELACIÓN

El demandante pide que se acceda a la petición de reintegro al cargo que desempeñaba como Dragoneante y al pago de los perjuicios morales ocasionados con su desvinculación.

Transcribe apartes de la Sentencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, para llegar a la conclusión de que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no es aplicable a los pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta disposición ni a aquellos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como es su caso particular, por tratarse de situaciones especiales que fueron convalidadas por los artículos 48 y 53 de la Constitución en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y la favorabilidad en materia pensional.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia del tribunal (fls. 165-171). Señalo que de conformidad con el Decreto ley 407 de 1994 *“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, la edad de retiro forzoso para el caso de los funcionarios de custodia y vigilancia, se determina según el grado desempeñado. Así para el cargo de Dragoneante, la edad de retiro según el artículo 64 ibidem es de 50 años.

Y al revisar el material probatorio aportado al plenario, logró establecer que el actor fue retirado del servicio el 22 de octubre de 2003, cuando acreditaba más de 54 años de edad, lo que significa que no sería válido la pretensión de reintegro y pago de salarios en un cargo en el que por demás se encontraba en edad de retiro por un término superior al de 4 años.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso propuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala en esta instancia revisar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si le asiste derecho al demandante a ser reintegrado al cargo de Dragoneante que desempeñaba en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de jubilación y hasta la edad de retiro forzoso.

Para abordar el asunto propuesto a consideración de la Sala resulta necesario efectuar el siguiente recuento normativo:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

“Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

...”

A su turno, el artículo 1° de la ley 33 de 1985 preceptúa:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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.** (Negrillas de la Sala)

...”.

Es así como los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata dicha ley por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 “*por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”. Esta disposición en su artículo 1º consagró su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“La presente ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.”.

Dicho ordenamiento determinó que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional está compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones.

Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación de estos funcionarios, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994¹, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, 21 de febrero de 1994, 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.

Para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994, 21 de febrero de 1994, el señor Luis Martín Corredor se encontraba prestando sus servicios al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, por lo que le es aplicable el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 que dispone:

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

¹ Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

En vista de lo anterior, la Caja Nacional de Previsión Social por medio de la Resolución No. 015478 de 14 de junio de 2001 (fls. 11-16) reconoció la pensión de jubilación del actor, con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que habilitó su otorgamiento por haber acreditado 20 años al servicio del Instituto Nacional y Penitenciario - INPEC. La citada prestación se señaló en cuantía de \$463.415, efectiva a partir del 1° de abril de 2000 y condicionada a su retiro efectivo.

En contravía del régimen especial consagrado para los funcionarios del INPEC, el Director General de la Institución mediante la Resolución No. 3920 de 2003 ordenó el retiro del demandante, con fundamento en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el cual el actor contaba con 54 años de edad.

En sentir de la Sala, la anterior disposición desconoce el principio de la irretroactividad de la ley, por cuanto la situación pensional del demandante se consolidó con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 797 y adicionalmente, existía norma especial contenida en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1993 que consagran las causales de retiro del personal de vigilancia y custodia del INPEC. En efecto, el artículo 49 del Decreto 407 de 1994 estableció:

ARTÍCULO 49. CAUSALES DE RETIRO. Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, las siguientes:

- a) Declaración de insubsistencia del nombramiento;
- b) Renuncia regularmente aceptada;
- c) Supresión del empleo;
- d) Retiro con derecho a pensión;
- e) Por invalidez absoluta;
- f) Incapacidad profesional;
- g) Destitución;
- h) Edad de retiro forzoso;
- i) Abandono del cargo;
- j) Orden o decisión judicial;
- k) Muerte;
- l) Sobrepasar la edad máxima para cada grado;
- m) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro del servicio de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia por voluntad del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria."

Y más adelante en su artículo 64 señaló:

“ARTÍCULO 64. RETIRO POR SOBREPASAR LA EDAD MAXIMA PARA CADA GRADO. Es forzoso el retiro de los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional cuando cumplan las siguientes edades en sus categorías y grados.

CATEGORIA DE OFICIALES

- Comandante Superior: A los cincuenta y cinco (55) años.
- Mayor: A los cincuenta (50) años.
- Capitán: A los cuarenta y cinco (45) años.
- Teniente: A los cuarenta (40) años.

CATEGORIA DE SUBOFICIALES

- Inspector Jefe: A los cincuenta (50) años.
- Inspector: A los cuarenta y cinco (45) años.
- Subinspector A los treinta y cinco (35) años.

CATEGORIA DE DRAGONEANTES

- **Dragoneante y Distinguidos: A los cincuenta (50) años.**

PARAGRAFO 1. Las edades máximas establecidas en el presente artículo, regirán a partir del año 1996.

PARAGRAFO 2. Para efectos de transición de este Estatuto se establecen las siguientes equivalencias en las distintas categorías:

CATEGORIA DE SUBOFICIALES

Sargento: Como Inspector Jefe

Cabo: Como Inspector

CATEGORIA DE DRAGONEANTES

Guardián Grado 02: Dragoneante

Guardián grado 04: Distinguido.”

Así entonces, para la Sala es clara la improcedencia del reintegro y de las demás pretensiones prestacionales, pues del material probatorio allegado al plenario se encontró que para la fecha de retiro del servicio, el actor acreditaba 54 años, es decir, contaba con 4 años mas de la edad de retiro forzoso aplicable a la categoría de Dragoneante.

Resta agregar que esta Corporación² ha sido clara en establecer que a pesar de que es deber de la administración garantizar las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales, es pertinente verificar que esa flexibilidad

² Sentencia del 4 de agosto de 2010 Cp. Gustavo Gómez Aranguren.

no llegue al punto de mezclar regímenes especiales con genéricos, pues dicha circunstancia quebrantaría la razón lógica de la estructura del régimen jurídico.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 7 de marzo de 2012 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso iniciado por LUIS MARTÍN CORREDOR, contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.

Se reconoce personería a la abogada Andrea Sánchez Cetina, como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 157 del expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE
AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

REF: EXPEDIENTE N° 05001233100020040114201(No. Interno: 0848-13)
ACTOR: LUIS MARTÍN CORREDOR