

PENSION DE LOS EMPLEADOS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA PENITENCIARIA NACIONAL – Reconocimiento. Régimen Especial. Factores

El régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC es el regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986 en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el status pensional, edad y tiempo de servicios, así como los factores que integran el ingreso base de liquidación. Sobre este punto, como ya se vio a pensar que la ley en comento no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación, es necesario remitirnos a los señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que fueron devengados en el último año de servicios.

FUENTE FORMAL: LEY 32 DE 1986 – ARTICULO 90

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 5001-23-31-000-2008-00239-01(0889-13)

Actor: RICARDO OROZCO BEDOYA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 28 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que accedió a las súplicas de la demandada incoada por RICARDO OROZCO BEDOYA contra la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E en liquidación.

ANTECEDENTES

La parte actora, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de las Resoluciones Nos. 11866 de junio 11 de 2004 y 9670 de noviembre 5 de 2004, por las cuales el Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento de su pensión de jubilación con base en el régimen especial de los funcionarios del Cuerpo de

Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, por haber prestado sus servicios como Guardián de Prisiones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Prestó sus servicios de manera continua en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario– INPEC durante veintitrés años, siendo su último cargo el de Guardián.

Por haber consolidado el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, radicó solicitud de reconocimiento ante la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal E.I.C.E en Liquidación, entidad que por medio de la Resolución No. 07863 de 9 de marzo de 1993, le reconoció esta prestación por haber acreditado 20 años de servicios y le computó tan solo 6 factores salariales de los 11 devengados.

Adujo que presentó un derecho de petición solicitando la revisión de su mesada pensional, la que fue resuelta mediante la Resolución No. 11866 de 11 de junio de 2004, negando lo pretendido con el argumento de que *“por haber laborado hasta diciembre de 1994 en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no estar exceptuado el INPEC en el artículo 279 de la citada Ley 100, respecto al monto aplica esta y sus decretos reglamentarios 691 y 1158 de 1994”*.

Como disposiciones vulneradas citó los artículos 36 de la Ley 100 de 1993; 114 de la Ley 32 de 1986; 73 del Decreto 1848 de 1969; 27 del Decreto 3135 de 1968; 53 de la Constitución Política y parágrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005.

En el concepto de la violación señaló que a los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que hayan adquirido el derecho a pensionarse antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, como es su caso particular, se les deben respetar los derechos adquiridos conforme al régimen anterior –Ley 32 de 1985- y demás normas que les permiten pensionarse con 20 años de servicios sin tener en cuenta la edad y con base en el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Meta mediante sentencia del 28 de septiembre de 2010, declaró la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidar la pensión del demandante en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo las doceavas partes de las primas de navidad, de servicios y vacacional, establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fls. 77-94).

Arribó a la anterior conclusión al considerar que los funcionarios del extinto Cuerpo de Custodia y Vigilancia, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, están exceptuados de las normas pensionales generales de que trata dicha ley, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, que establecían el derecho a la prestación en comento, con tan solo acreditar 20 años de edad.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional, enlistó los señalados en el Decreto 1045 de 1978 por tratarse de la normatividad que fijó las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

EL RECURSO

El apoderado especial de Cajanal EICE en liquidación, dijo que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 dispuso la edad y el tiempo de servicios para ser beneficiario de la pensión de jubilación de algunos empleados del INPEC, sin hacer señalamiento alguno respecto del monto y los factores de liquidación de la misma, razón por la cual se deben computar los señalados taxativamente en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Por su parte, el apoderado del actor solicita se revoque parcialmente la sentencia en cuanto omitió incluir en la liquidación las primas de riesgo y de clima. Para el efecto trajo a colación la sentencia del 9 de julio de 2009 Rad.0208-09 Cp. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en la que se precisa que los factores enlistados en artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no deben ser interpretados de manera taxativa *“pues de hacerlo así, se correrá el riesgo de de quedaren por fuera otros*

que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación” .

De igual manera, solicita se aplique el antecedente jurisprudencial fijado en la acción de tutela del 12 de abril de 2011 Cp. Gerardo Arenas Monsalve, donde se analizó un caso similar de un guardián en la que se ordeno incluir en la liquidación de la pensión de jubilación las primas de clima y de riesgo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, solicita se confirme la sentencia del Tribunal (fls. 151-159).

Considera que es claro que el régimen aplicable al caso concreto es el correspondiente a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional fijado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994, porque acreditó haber laborado por más de 20 años ininterrumpidos al servicio de la institución en el cargo de Guardián.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer si el señor Ricardo Orozco Bedoya 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 servicios, en aplicación del régimen especial de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994.

Material Probatorio

- Obra a folios 11 a 13 del expediente copia de la Resolución N° 07863 del 9 de marzo de 1993, por la cual Cajanal reconoció a favor del actor una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1.506.731. La liquidación pensional se realizó con base en las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta como tiempo de servicio el prestado al INPEC entre el 20 de septiembre de 1971 y el 31 de diciembre de 1991, siendo el último cargo desempeñado el de Guardián de Prisiones. Se incluyeron como factores de liquidación la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y el sobresueldo.

- Mediante Resolución 003583 de 18 de marzo de 1997, la entidad accedió a reliquidar la prestación por acreditar nuevo tiempo de servicio, comprendido entre el 1° de enero de 1992 y el 30 de diciembre de 1994 (fl. 17). Tuvo como factores de liquidación la asignación básica, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y el sobresueldo. Aplicó las leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y el Decreto 1848 de 1969.

- Por Resolución 11866 de 11 de junio de 2004 (fls.24-27) la Subgerente de Prestaciones Económicas de la entidad negó la reliquidación de la pensión del actor, al concluir que las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, no deben computarse como factores de liquidación por no estar incluidas expresamente en el Decreto 1158 de 1994. Contra esta decisión el demandante interpuso recurso de reposición, que fue resuelto por Resolución 9670 de 5 de noviembre de 2004, confirmando lo decidido (fls-28-30).

Cuestión de Fondo

Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986. Esta disposición en su artículo 1° 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, (cargo desempeñado por el actor) quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones.

Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de 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 que precisa:

“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”.

En el caso particular del demandante, se encuentra que para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994 (21 de febrero de 1994), se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, como quiera que laboró en dicha entidad del 20 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre de 1994 y adquirió su status de pensionado el 20 de septiembre de 1991, por lo que sin duda alguna le es aplicable en su integridad la citada Ley 32 de 1986.

Ahora bien, es preciso señalar que en vista de 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 de la Ley 32 de 1986 y 184 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.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso segundo¹ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

Bajo estos supuestos, para determinar qué factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Orozco Bedoya debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Dispone la citada preceptiva:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.

Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán 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;

¹ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º inciso segundo establece: “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

Dan cuenta las certificaciones expedidas por el Pagador de la Colonia Agrícola de Acacias (fls. 31-32) que el actor devengó durante el último año de servicios asignación mensual, prima de antigüedad, sobresueldo, auxilio de alimentación, bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de clima.

Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo además de los factores enlistados por el tribunal, la prima de clima, por tratarse de un factor que fue devengado en el último año de servicios. No sucede lo mismo con la prima de riesgo en consideración a que de acuerdo a las certificaciones aportadas por la entidad accionada, ese factor no fue percibido por el demandante en el último año de servicios.

Esta tesis ha sido convalidada por esta Corporación² al señalar que el régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC es el regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986 en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el status pensional, edad y tiempo de servicios, así como los factores que integran el ingreso base de liquidación. Sobre este punto, como ya se vio a pesar que la ley en comento no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación, es necesario remitirnos a los señalados en el Decreto 1045 de 1978 y que fueron devengados en el último año de servicios.

Las anteriores consideraciones imponen adicionar la sentencia en el sentido de precisar que además de los factores enlistados por el tribunal se deberá incluir la prima de clima.

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

² EXP. 11001-03-15-000-2011-00286-00 Cp. Gerardo Arenas Monsalve

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil diez (2010) proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en el proceso instaurado por RICARDO OROZCO BEDOYA, contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ADICIÓNASE en el sentido de incluir como factor de liquidación pensional del actor, la PRIMA DE CLIMA.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO