

Bogotá D.C., 26 de octubre de 2016.

BZ 2016_12621699

PARA: PAULA MARCELA CARDONA RUIZ
Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones

LUIS FERNANDO UCRÓS VELÁSQUEZ
Gerente Nacional de Reconocimiento

DE: EDNA PATRICIA RODRÍGUEZ BALLÉN
Gerente Nacional de Doctrina (A)
Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General

ASUNTO: Precisiones régimen pensional miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003.

Respetados Doctores:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual solicita algunas precisiones jurídicas frente al régimen pensional aplicable a los trabajadores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional del INPEC que se vincularon antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, esto es del 28 de julio de 2003. Al respecto, se comunica:

I. NORMATIVA:

- A. Acto Legislativo 01 de 2005.
- B. Ley 32 de 1986.
- C. Ley 100 de 1993.
- D. Decreto 407 de 1994.
- E. Decreto 1835 de 1994.
- F. Decreto 1950 de 2005.

II. JURISPRUDENCIA JURISPRUDENCIAL

- A. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 8 de julio de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00048-00.

III. PRECEDENTE INSTITUCIONAL

A. Circular 15 de 2015.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

A. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional del INPEC vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003?

V. CONSIDERACIONES

A. **Antecedente pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto - Ley 2090 de 2003.**

De conformidad con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, los servidores públicos que laborarán en actividades de alto riesgo serían objeto de una reglamentación más benigna que les permitiría pensionarse a “*una menor edad de jubilación o con un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos*”.

En cumplimiento del anterior mandato, se expidió el Decreto Ley 1835 de 1994, que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, especificando en su artículo 1º que los trabajadores del INPEC no quedarían arrojados por el aludido decreto, en consideración a que serían objeto de una “*decisión especial*”.

Una década después, aquella preceptiva “*especial*” que gobernaría la pensión de vejez de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC no se había emitido, situación que generó preocupación en el constituyente derivado, y aprovechando la reforma estructural al sistema pensional que se adelantaba en los años 2004 y 2005, se sugirió enderezar el tema mediante la inclusión de un párrafo transitorio al proyecto de acto legislativo que se ventilaba por esos días en el Congreso¹.

En la ponencia para segundo debate en Senado², el Senador Andrés González Díaz indicó lo siguiente:

5.3. *Ajustes sectoriales en uno o dos temas planteados durante las Audiencias Públicas en la Comisión Primera.*

4.3.1. *Caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*

¹ Proyecto de acto legislativo 034,127 de 2004 Cámara, 11 de 2004 Senado.

² En segunda vuelta.

Es de público conocimiento que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia cumplen unas funciones muy especiales, de alto y permanente riesgo y cuyas actividades de vigilancia, control y rehabilitación de la población carcelaria, demandan un cuidado y dedicación especiales que en consecuencia ameritan, por parte del Estado y la sociedad un reconocimiento y un trato especial frente a los temas prestacionales y pensionales.

(...)

Así las cosas, observamos que en materia prestacional y pensional, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional están amparados, en primer lugar para quienes ya estaban vinculados a la expedición de tal decreto, por un régimen especial en donde se contempla una pensión de jubilación cuyo derecho se adquiere al cumplir 20 años de servicio sin tener en cuenta la edad, y en segundo lugar, quienes ingresaren a partir de la vigencia del mencionado decreto, el Gobierno Nacional debía expedir una reglamentación para una pensión de vejez y, por último, que las normas de la Ley 100 de 1993 le son aplicables al personal administrativo del Instituto.

(...)

Pues bien, ocurre que el Gobierno Nacional sólo reglamentó el tema pensional para las actividades de alto riesgo, hasta el 26 de julio del año 2003, mediante el Decreto 2090. Entonces, por la falta de reglamentación y para subsanar este vacío legislativo o reglamentario debemos concluir que para los funcionarios del mismo cuerpo de custodia y vigilancia que se vincularon desde el 21 de febrero de 1994 y hasta el 25 de julio de 2003, se les debe aplicar igualmente el artículo 168 del Decreto 407 de 1994.

Por lo anterior, considero indispensable mantener un párrafo transitorio que consagre y garantice claramente la aplicación de esa normativa a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional, pero además se incluye en esta propuesta la frase, así como al personal que labore en las actividades antes señaladas en los demás establecimientos carcelarios, con el fin hacer claridad y que en este párrafo se contemplen a todos los funcionarios que ejercen tales funciones.

Bajo las anteriores consideraciones, propuso el siguiente párrafo transitorio:

Parágrafo transitorio. 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, así como al personal que labore en las actividades antes señaladas en los demás establecimientos carcelarios, 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.

A continuación, en la plenaria del Senado, se realizaron las siguientes precisiones:

*“**Senador Samuel Moreno Rojas:** El Polo Democrático Independiente también quiere manifestar su apoyo a estos tres párrafos transitorios que han sido leídos por la Secretaría General y lo hacemos porque consideramos que el régimen pensional de los docentes nacionales se debe mantener; creo que es un acto de justicia con un sector tan importante como es el Magisterio de Colombia. Estamos también de acuerdo en que el*

régimen excepcional para los miembros de la Fuerza Pública y para el Presidente de la República se mantenga, el régimen para los funcionarios del INPEC también hemos suscrito una proposición en ese sentido y por consiguiente, igualmente avalamos.

Senador Jesús Bernal Amorochó: Quiero anunciarle al Senado que voy a votar favorablemente estos tres artículos, ya nuestro jefe Samuel Moreno lo ha expresado a nombre de la bancada, quiero invitar al Senado a que respaldemos la solicitud de los guardianes del INPEC, del sindicato gremial de ellos, es una solicitud absolutamente justa, los quiero invitar a que respaldemos a unos colombianos que laboran en condiciones supremamente difíciles.

Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: El Partido Liberal ha decidido apoyar una propuesta del Gobierno y del doctor Mario Uribe y sus otros colegas de ponencia para que votemos en bloque y sin votación nominal el tema de los maestros, en lo cual estamos de acuerdo en mantener el Régimen del Magisterio. En eso hay acuerdo en la ponencia del Senador Mario Uribe y en la nuestra, perdón, que se vote también sin votación nominal el tema de los trabajadores del INPEC, propuesto, entre otros, por Ciro Ramírez, por Andrés González, en lo cual el Gobierno está de acuerdo en patrocinarnos la idea de que aquí quede ese artículo.

Luis Carlos Avellaneda Tarazona: Para indicar que votaremos favorablemente el normativo sobre educadores, es un normativo que hemos ayudado a construir, hace parte de la justicia compensatoria con ellos por sus malos salarios.

igualmente votaremos el normativo sobre INPEC, ese es régimen de alto riesgo y con esto se llena un vacío que el gobierno reconoce que se había cometido en relación con este régimen de alto riesgo, que incluso había sido ejemplificado como tal en el artículo 140 de la ley 100 y, en tercer lugar, que pese a que estábamos por la vigencia plena de las convenciones colectivas, apoyaremos este normativo que se va a votar enseguida, porque mejora las condiciones de algunos trabajadores que hoy tienen derechos convencionales, gracias señor presidente.

Senador Mario Uribe Escobar: Este es el tema del INPEC, ustedes recuerdan que algo aprobó la Comisión Primera del Senado en esa materia, se había convenido que si el Gobierno Nacional entre lo aprobado en la Comisión Primera y la discusión en Plenaria expedía un decreto pues se eliminaría este tema del INPEC de las discusiones en Plenaria así lo propusimos, sin embargo se empeñaron algunos de nuestros colegas a pesar de haberse expedido en tiempo el decreto cumpliendo ese compromiso, pues mantuvieron su propuesta de incluir este tema del INPEC y aquí están constitucionalizados los derechos de los trabajadores del INPEC en materia pensional."

Finalmente, y como consta en el informe de conciliación al proyecto de acto legislativo, el parágrafo transitorio 5º quedó de la siguiente manera:

"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."

Ahora bien, al tiempo que el asunto se discutía en el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad conferida por el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 fijando el régimen de alto riesgo que aplicaría a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional vinculados hasta el 27 julio de 2003, y para ello emitió el Decreto 1950 de 2005, cuyo artículo 1º dispone:

“Artículo 1º. 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.”

Como resultado, el régimen pensional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC que se incorporaron al servicio público antes del 28 de julio de 2003 quedó instituido en dos normas. La primera, el Decreto 1950 de 2005, el cual entró a regir el 13 de junio de 2005³; y la segunda, el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 vigente desde el 25 de julio 2005, norma posterior y de mayor jerarquía.

Dicho esto, se concluye:

- i. La pensión especial de vejez para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC vinculados antes 28 de julio de 2003 está regulada en dos normas. La primera el Decreto 1950 de 2005, y la segunda, el párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005.
- ii. El párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 1º del Decreto 1950 de 2005, señalan que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC vinculados antes del Decreto - Ley 2090 de 2003, les aplicarán las reglas de causación contenidas en la Ley 32 de 1986, sin más exigencias que haber sido vinculado a dicho Cuerpo antes del 28 de julio de 2003.
- iii. La pensión especial de vejez por actividad del alto riesgo, desarrollada en el Acto Legislativo 01 de 2005 y en el Decreto 1950 de 2005, es una especie o subcategoría de la pensión prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. De ahí que no pueda ser considerada como una prestación que orbita al margen

³ Diario Oficial 45938 de junio 13 de 2005.

del Sistema General de Pensiones, o como un régimen exceptuado y, por tanto, ajeno a las lógicas y principios de la Ley 100 de 1993.

B. Tesis jurisprudenciales

Sobre el régimen jurídico aplicable a servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴ sostiene:

(...)Se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 el cual es una norma posterior, y de superior jerarquía, estableció que el régimen que se aplicará para los miembros de Cuerpo de Custodia y vigilancia penitenciaria y Carcelaria Nacional sería el régimen contemplado el Decreto 2090 de 2003, salvo para aquellos miembros que se vincularon a dicho Cuerpo con anterioridad a la fecha en entrada en vigencia del mismo, para estos el régimen que se aplicará será el contemplado en la Ley 32 de 1986.”

En la misma línea agregó:

“Tal como se explicó... la norma que finalmente estableció el régimen pensional de los servidores públicos que forman parte del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, fue el artículo 1 del Acto Legislativo N° 1 de 2005, disposición que preceptuó que las personas que habían ingresado a dicha dependencia antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplica el régimen previsto en la Ley 32 de 1986 (y no el contenido en el citado decreto). Como se recordará, el artículo 96 de dicha ley estableció un solo requisito sustancial para el reconocimiento de la pensión de jubilación de estos servidores públicos, a saber: cumplir veinte (20) años continuos o discontinuos al servicio de la “Guardia Nacional”.

Al amparo de estos argumentos, ha dirimido conflictos negativos de competencias; por ejemplo, en providencia fechada 8 de julio de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00048-00(C), declaró que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP era competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento presentada por un ciudadano que prestó sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del INPEC desde el 19 de mayo de 1989, veamos:

“En el caso particular del peticionario, se encuentra que para la fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003 (julio 28 de 2003), ya se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del INPEC (desde el 19 de mayo de 1989). Por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, sin duda alguna, le es aplicable en su integridad el régimen previsto en la Ley 32 de 1986”. (Subraya fuera del texto)

⁴ Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, estaban exceptuados del régimen general previsto en la citada ley para los empleados oficiales, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986. Esta ley en su artículo 1º, consagró su campo de aplicación en los siguientes términos:

Con todo, es dable concluir que a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, **“se les aplica el régimen previsto en la Ley 32 de 1986 (y no el contenido en el citado decreto).”** (Subraya y negrita nuestra)

Por su parte, la Sección Segunda de la misma Corporación⁵ sostiene que el régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986, resulta aplicable si el servidor acredita las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, veamos:

“(…)

Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional, era la Ley 33 de 1985 que, si bien es cierto en su artículo 1º fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación, también lo es que en su inciso segundo excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como son los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

De este modo, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, debía acreditar una de las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, cuales son: edad o tiempo de servicio.”

Sin embargo, la discusión ventilada en el seno de la Sección Segunda no aborda con claridad los efectos puntuales del parágrafo transitorio 5º del A.L. 01 de 2005 o del artículo 1º del Decreto 1950 de 2005, o el horizonte pensional que enfrentarían quienes no cumplen el requisito de la transición, como sí lo hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil; el análisis de la Sección Segunda se ha concentrado en los efectos de la Ley 100 de 1993 sobre los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994, sin desatar cuestiones adicionales que resultan de trascendental importancia para resolver el asunto *sub examine*.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la tesis defendida por la Sección Segunda es la única vía para obtener el reconocimiento con Ley 32 de 1986, el horizonte pensional de esos afiliados quedaría automáticamente gobernado por la Ley General de Pensiones, la cual estipula que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tienen derecho a una pensión especial de vejez por alto riesgo, cuyos requisitos de causación son, paradójicamente, los

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 22 de abril de 2010, radicado. No. interno 0858 -09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ Sentencias Del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 21 de junio de 2007, radicado interno 0950-06, CP Dra. Ana Margarita Olaya Forero; del 21 de Septiembre de 2000, radicación interno 470-99, CP Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y del 5 de noviembre de 2009, radicado interno 0534-08, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

consignados en la Ley 32 de 1986. Entonces, si por ausencia de la transición no es posible acceder a la pensión de jubilación prevista en La Ley 32 de 1986, el afiliado podría optar por la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, contenida en el Decreto 1950 de 2005 y el A.L. 01 de 2005, normas que a su vez remiten a las reglas de causación de la Ley 32 de 1986.

Empero, esta Gerencia considera debe darse estricto cumplimiento al contenido literal del párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en esa medida, aplicar el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 para resolver las reclamaciones pensionales presentadas por los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC que se vincularon con anterioridad del 28 de julio de 2003, aclarando, por supuesto, que dichas prestaciones serán liquidadas tomando en consideración las reglas fijadas por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

VI. CASOS CONCRETOS

1. ¿La aplicación del párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 está condicionada a que el solicitante acredite la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

R/. No. De conformidad con el espíritu de la norma, su sentido literal y la jurisprudencia emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el único requisito para que una solicitud pensional presentada por un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC sea resuelta con apego al párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y el Decreto 1950 de 2005, es que el servidor se haya vinculado con anterioridad al 28 de julio de 2003 y cumpla con las exigencias de la Ley 32 de 1986.

2. ¿Cómo se liquida la pensión especial de vejez contenida en el párrafo transitorio 5º Acto Legislativo 01 de 2005?

R/. La pensión se liquida según lo previenen los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y 10 de la Ley 797 de 2003.

3. ¿Es posible acumular el tiempo servido en la fuerza pública, para efectos de causar la pensión especial de vejez de que trata el párrafo transitorio 5º Acto Legislativo 01 de 2005?

R/. No. El artículo 96 de la Ley 32 de 1986, aplicable por remisión constitucional, no tiene contemplada dicha posibilidad. La pensión especial de vejez se causa con 20 años de servicio, continuos o discontinuos al servicio del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC, sin tener en cuenta la edad.

VII. CONCLUSIÓN

El régimen pensional aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto - Ley 2090 de 2003, es el contenido en el párrafo transitorio 5º Acto Legislativo 01 de 2005, el cual remite a las reglas de causación consignadas en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Cordialmente,



EDNA PATRICIA RODRÍGUEZ BALLÉN
Gerente Nacional de Doctrina (A)
Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General

Proyectó: Álvaro Iván Moreno Sierra - Gerencia Nacional de Doctrina – Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General