

EMPLEADOS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA – Régimen pensional especial. Regulación legal / EMPLEADOS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA – Factores. Régimen de empleados del orden nacional o régimen de transición / PRIMA DE RIESGO- No es factor de liquidación pensional / SUBSIDIO FAMILIAR- No es factor de liquidación pensional

El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional. El régimen al que hace alusión la Ley 32 de 1986 vigente en ese momento era el previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 1º de la citada Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición que resulta aplicable a la situación del actor, toda vez que para la fecha en que entró en vigencia dicha ley -13 de febrero de 1985- éste contaba con más de 15 años de servicios. Bajo estos supuestos, para determinar que factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Cadena Duarte debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad. No se ordena la inclusión de la prima de riesgo ni del subsidio familiar, por cuanto el Legislador señaló expresamente en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994 que dichos emolumentos no constituían factor salarial.

FUENTE FORMAL: LEY 32 DE 1986 – ARTICULO 114 / DECRETO 407 DE 1194 – ARTICULO 184 / DECRETO 446 DE 1994 – ARTICULO 15

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011).

Radicación número: 15001-23-31-000-2001-02453-01(1260-08)

Actor: DELIO JOSE CADENA DUARTE

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 28 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso promovido por DELIO JOSÉ CADENA DUARTE contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES

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., el actor solicitó que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 013676 del 29 de octubre de 1996, 009594 del 21 de abril de 1998, 025998 del 9 de noviembre de 2000 y 003320 del 4 de julio de 2001, mediante las cuales se le reconoció y reliquidó la pensión de jubilación en cuantía inferior a la que le correspondía.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se declare que tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social le reconozca y pague la pensión de jubilación en cuantía de \$396.760.87, efectiva a partir del 1° de enero de 1997, en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A..

Manifiesta que laboró más de 20 años al servicio del INPEC como Dragoneante; que adquirió el status jurídico de pensionado el 3 de mayo de 1995; que solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación conforme a los Decretos 1045 de 1978 y 0070 del 10 de enero de 1986 y a la Ley 32 de 1986 –art. 96-.

La entidad de previsión reconoció el derecho reclamado pero al momento de efectuar la respectiva liquidación no incluyó los factores salariales

que legalmente correspondían porque aplicó de manera caprichosa la Ley 100 de 1993, desconociendo que los preceptos que gobiernan su situación son los contenidos en el Decreto 1045 de 1978, por cuanto quedó cobijado por el régimen de transición establecido en dicha ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda. Adujo que los actos administrativos acusados se expedieron de conformidad con las normas vigentes en la materia. Agregó que la excepcionalidad contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene relación exclusivamente con el tiempo de servicio y la edad de jubilación, pero la misma norma señala que en lo demás se aplicarán las normas vigentes y como el actor adquirió el status en vigencia de la Ley 100, la cuantía de su pensión debe liquidarse de conformidad con los factores señalados en el artículo 1º del decreto 1158 de 1994.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones del actor. Declaró la nulidad parcial de los actos demandados, en cuanto no incluyeron en la liquidación de la mesada pensional todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y condenó a CAJANAL a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor CADENA DUARTE.

Dijo que la entidad accionada sólo tuvo en cuenta como factores de liquidación de la pensión del actor la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el sobresueldo, pese a que éste tenía un régimen especial

de pensiones previsto en la ley 32 de 1986, según el cual tiene derecho a gozar de una pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios y a cualquier edad.

LA APELACIÓN

La entidad demandada reiteró los razonamientos de la defensa expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, aduciendo que la norma aplicable no es otra que la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 y que la pensión de estos servidores públicos se debe calcular sobre el ingreso base de liquidación a partir del 1° de abril de 1994 y sobre los factores indicados en el decreto 1158 del mismo año.

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer si el demandante 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.

Obra a folio 2 del expediente copia de la Resolución N° 013676 del 29 de octubre de 1996, por la cual Cajanal reconoció a favor del actor una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$211.339.91, efectiva a partir del 1° de mayo de 1995, condicionada al retiro definitivo del servicio. 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 12 de abril de 1965 y el 30 de mayo de

1995, siendo el último cargo desempeñado el de Dragoneante. Se incluyeron como factores de liquidación la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Mediante Resolución 09594 del 21 de abril de 1998, la entidad accedió a reliquidar la prestación por acreditar nuevo tiempo de servicio, comprendido entre el 1º de junio de 1995 y el 30 de diciembre de 1996 (fl. 7). Tuvo como factores de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el sobresueldo. Aplicó las leyes 33 de 1985, 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Por Resolución 25998 del 9 de noviembre de 2000, la Subdirección de Prestaciones Económicas de la entidad, a petición del actor, revisó la liquidación de la pensión e incluyó la bonificación por servicios prestados, pero negó la inclusión de la prima de antigüedad. Contra esta decisión el demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, que fueron resueltos por Resolución 03320, la Caja Nacional de Previsión Social, confirmando lo decidido.

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.

...”

El señor DELIO JOSÉ CADENA DUARTE al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad - nació el 15 de octubre de 1945 (fl. 3)- y contaba con más de 15 años de servicio, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en la norma transcrita, que le permite pensionarse con el régimen previsto para los funcionarios del INPEC contemplado en la Ley 32 de 1986.

En efecto, la Ley 33 de 1985, en su artículo 1, dispone:

“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.

...”

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 y en el Decreto 407 de 1994.

La Ley 32 de 1986, por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, 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.

El último cargo que desempeñó el actor fue el de Dragoneante en la Cárcel del Circuito Judicial de Monquirá (fl. 55) grado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64, parágrafo 2 del Decreto 407 de 1994, es equivalente al de guardián grado 02.

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.

Para la fecha en que entró a regir el Decreto 407 de 1994, 21 de febrero de 1994, el actor 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.”.

El actor prestó sus servicios al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del 12 de abril de 1965 al 30 de mayo de 1995, habiendo adquirido el status jurídico el 3 de mayo de 1995 (fl. 3).

El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

El artículo 114 de la Ley 32 de 1986 dispone:

“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.”.

Esta preceptiva se mantuvo en el artículo 184 del Decreto 407 de 1994, con el siguiente tenor literal

“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.”.

El régimen al que hace alusión la Ley 32 de 1986 vigente en ese momento era el previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 1º de la citada Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición que resulta aplicable a la situación del actor, toda vez que para la fecha en que entró en vigencia dicha ley -13 de febrero de 1985- éste contaba con más de 15 años de servicios.

Bajo estos supuestos, para determinar que factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Cadena Duarte 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 tuvieron 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;
- 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 inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

Da cuenta la certificación expedida por el Pagador de la Cárcel del Circuito Judicial de Monquirá (fl. 56) que el actor devengó durante el último año de servicios asignación mensual, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, primas de servicios, vacaciones y navidad, subsidio familiar y la prima de riesgo.

Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad. No se ordena la inclusión de la prima de riesgo ni del subsidio familiar, por cuanto el Legislador señaló expresamente en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994 que dichos emolumentos no constituían factor salarial.

La Caja podrá descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Las anteriores consideraciones imponen confirmar la sentencia apelada pero por las razones expuestas, adicionándola en el sentido de precisar que los factores que deben incluirse en la nueva liquidación, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, son el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, las primas de servicios, vacaciones y navidad.

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,

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008) proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso instaurado por DELIO JOSÉ CADENA DUARTE, contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ADICIÓNASE en el sentido de precisar que los factores que deben incluirse en la nueva liquidación, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, son el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, las primas de servicios, vacaciones y navidad.

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 E. GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. No. 15001 23 31 000 2001 02453 01 (1260-08). DELIO JOSÉ CADENA
DUARTE