



Concepto 285941 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000285941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000285941

Fecha: 17/07/2020 12:22:53 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS - Tiempo de servicio militar se tiene en cuenta como tiempo de servicio y reconocimiento para la pensión - RAD. 20206000285941 de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: "1. ¿Las personas que prestaron el servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, de acuerdo al Artículo 123 en concordancia con el Artículo 124 y 126 del Decreto 407 de 1994, han prestado un servicio DISCONTINUO?; 2. Que por haber prestado un servicio discontinuo se debe tener en cuenta para efectos de la pensión de vejez el tiempo del servicio militar, como tiempo de vinculación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC?; 3. Los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC que se posesionaron antes del 13 de junio de 2005, bajo el Principio Tempus Regit Actus y el Principio de la Condición más Beneficiosa e In Dubio Pro Operario, están regidos por el Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, toda vez que el Artículo 11 del Decreto 2090 de 2003 dejó sin efectos el Parágrafo Primero del Artículo 168 del Decreto 407 de 1994 y solo fue reglamentado el Artículo 140 hasta el Decreto 1950 de 2005?; 4. El Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, al estar contenido dentro de una Ley Orgánica, ésta tiene mayor jerarquía sobre el Decreto 1950 de 2005; por lo tanto, de acuerdo al In Dubio Pro Operario, a los funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que ingresaron desde el 21 de febrero de 1994 hasta el día de hoy 22 de junio de 2020 le es aplicable el Artículo 96 de la Ley 32 de 1986, hasta tanto no se expida una ley que regule el tema en materia pensional de dichos funcionarios, toda vez que el Decreto 2090 de 2003 no desarrolló el tema y se reglamentó el régimen pensional a través de un Decreto Ordinario como es el 1950 de 2005?", me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, se debe indicar que, frente a la prestación del servicio militar, el artículo 216 de la Constitución Política, señala:

"Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones políticas.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo". (Subrayas fuera del texto).

La Ley 65 de 1993 "por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" sobre la posibilidad de prestar el servicio militar obligatorio en el INPEC, dispuso:

"ARTICULO 50. SERVICIO MILITAR DE BACHILLERES EN PRISIONES. Los bachilleres podrán cumplir su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, distribuidos en los diferentes centros de reclusión, previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional y de Justicia y del Derecho, después de haber realizado el respectivo curso de preparación en la Escuela Penitenciaria Nacional.

Los bachilleres que hayan cumplido este servicio a satisfacción, podrán seguir la carrera en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

"ARTICULO 172. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la promulgación del presente Código, para dictar normas con fuerza de ley sobre las siguientes materias:

1. Ingreso al servicio del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

2. Composición, clasificación y categoría del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria.

(...)

5. Régimen de Carrera Penitenciaria, organización y administración.

6. Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores.

7. Régimen disciplinario. (Subrayas fuera del texto)

Para los efectos de estas facultades se contará con la asesoría de dos senadores y dos representantes de las Comisiones Primeras de cada Cámara, designados por las mesas directivas de dichas comisiones.

Por su parte, como quiera que en el artículo 72 de la Ley 65 de 1993 se le otorgaron precisas facultades extraordinarias al presidente de la República para que dictara normas con fuerza de ley sobre materias relacionadas con el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, entre ellas el régimen disciplinario, con base en dichas atribuciones se expidió el Decreto Ley 407 de 1994 "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario", el cual indicó:

"ARTÍCULO 7o. DESTINATARIOS. El presente Decreto regula el régimen del personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y el régimen de prestaciones sociales."

"ARTÍCULO 123. SERVICIO MILITAR DE BACHILLERES. Los bachilleres podrán cumplir su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, como Cuerpo Auxiliar de Guardia, distribuidos en los diferentes centros de reclusión, previo convenio entre el

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y el Ministerio de Defensa, después de haber aprobado el respectivo curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional o en las Regionales.”

“ARTÍCULO 124. INSCRIPCIÓN DE BACHILLERES AUXILIARES EN LA CARRERA. El personal del cuerpo auxiliar de la Guardia, que haya prestado servicio militar obligatorio en los centros de reclusión y obtenido su tarjeta de reservista, podrá ser nombrado como Dragoneante previo curso de complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional, superado el cual podrá ser inscrito en la carrera, siempre y cuando reúna los demás requisitos exigidos en este estatuto.”

“ARTÍCULO 126. COMPOSICIÓN. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución.”

“ARTÍCULO 127. CATEGORÍAS Y GRADOS. Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en este decreto, las categorías de oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados:

(...)

c) Categoría de Dragoneantes:

1. Dragoneantes.

2. Distinguidos;

d) Categoría de alumnos y auxiliares de guardia:

1. Alumnos aspirantes a Dragoneantes.

2. Servicio militar de bachilleres. (Destacado fuera del texto)

En virtud de lo anterior, el Decreto Ley 407 de 1994 regula el régimen de personal y prestaciones sociales de personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. Sobre el servicio militar de bachilleres señala la norma que los bachilleres podrán cumplir su servicio militar obligatorio como Cuerpo Auxiliar de Guardia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, después de haber aprobado el respectivo curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional o en las Regionales. (Artículo 123)

Por su parte, de acuerdo al artículo 124 del Decreto mencionado, el personal del cuerpo auxiliar de la Guardia, que haya prestado servicio militar obligatorio en los centros de reclusión y obtenido su tarjeta de reservista, podrá ser nombrado como Dragoneante previo curso de complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional, superado el cual podrá ser inscrito en la carrera, siempre y cuando reúna los demás requisitos exigidos en el estatuto penitenciario.

Ahora bien, para abordar su primer interrogante relacionado con el servicio discontinuo, se hace importante mencionar que el mismo puede asimilarse con la solución de continuidad. Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, define “*solución de continuidad*” como: Interrupción o falta de continuidad.” Quiere decir esto, que por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende “sin solución de continuidad”, cuando la prestación del servicio es continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

La “no solución de continuidad”, se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra, y debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales, disposición que a su vez establecerá el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

Al respecto, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2007 proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado² consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, al debatir un tema similar de servicios continuos o discontinuos, pero sobre cesantías, definió:

CESANTIAS - Servicio discontinuo. Alcance

(...)

De otro lado, frente al argumento que se esgrime en el sentido de que conforme al artículo 1° del Decreto 1160 de 1947 y 1° de la Ley 65 de 1946, la cesantía se reconoce por cada año de servicios "continuos o discontinuos", esa discontinuidad debe entenderse referente a interrupciones o suspensiones en las cuales no haya rompimiento de la relación laboral, que se trate de un mismo contrato o de una misma relación laboral, como es el caso de licencias, permisos, prestación del servicio militar. En este sentido el artículo 5 del Decreto 1160 de 1947 dispone:

"ARTÍCULO 5o. Se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía a que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley 65 de 1946, en cuanto a los trabajadores particulares, el que se realiza dentro de un mismo contrato o de una misma relación jurídica de trabajo, aunque haya habido suspensiones o interrupciones en el trabajo mismo, como las provenientes de licencias, prestación del servicio militar u otras causas semejantes. Los otros casos en que el trabajador deja de prestar el servicio, pero sin que el contrato o la relación de trabajo se suspendan, como el goce de vacaciones, la enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días o el accidente de trabajo hasta por el mismo término de incapacidad, etc., no se entenderán como soluciones de continuidad del servicio para los efectos indicados."

Sobre el particular la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 25 de noviembre de 1977³, sostuvo:

"Al tenor del Decreto 1160 de 1947 la CESANTÍA se liquida a razón de un mes de sueldo y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa del retiro y por servicios continuos o discontinuos, y a la vez expresa que se entiende por SERVICIOS DISCONTINUOS, para efectos de cesantía, los prestados bajo una misma relación jurídica de trabajo en la cual haya habido suspensiones o interrupciones en el servicio como las provenientes de licencias sin remuneración, vacaciones, licencias por enfermedad o accidente de trabajo sin que la relación se haya roto y por lo tanto, esos servicios discontinuos son acumulables para la cesantía."

Frente al argumento que se esgrime en el sentido de que conforme al artículo 1° del Decreto 1160 de 1947 y 1° de la Ley 65 de 1946, la cesantía se reconoce por cada año de servicios "continuos o discontinuos", esa discontinuidad debe entenderse referente a interrupciones o suspensiones en las cuales no haya rompimiento de la relación laboral, que se trate de un mismo contrato o de una misma relación laboral, como es el caso de licencias, permisos, prestación del servicio militar. (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior para ese caso particular, señala el Consejo de Estado que para el reconocimiento de la cesantías, los servicios discontinuos son los prestados bajo una misma relación jurídica de trabajo en la cual haya habido suspensiones o interrupciones en el servicio como las provenientes de licencias sin remuneración, vacaciones, licencias por enfermedad o accidente de trabajo y prestación del servicio militar, y por lo tanto, esos servicios discontinuos son acumulables para la cesantías.

En dicho sentido, y para el caso particular se tiene entonces que, no existe continuidad en el servicio o se puede interrumpir cuando se establece un servicio discontinuo, o sea el que realiza el empleado público bajo una misma relación laboral, pero con suspensiones o interrupciones en la labor, autorizadas por la ley, como el caso de licencias, servicio militar y otras situaciones similares, sin que haya terminación del vínculo. También se pierde la continuidad cuando transcurre un intervalo sin relación laboral y por disposición legal no puede acumularse el tiempo servido entre una y otra entidad o sea existiendo solución de continuidad.

En consecuencia, para responder su pregunta, la prestación del servicio militar constituye una forma de prestación del servicio público discontinuo.

Ahora bien, para abordar su segundo interrogante el Código Penitenciario y Carcelario Colombiano - Ley 65 de 1993 - en su artículo 50 hizo extensiva la prestación del Servicio Militar Obligatorio a la modalidad de Auxiliar del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, para su aplicabilidad se expidió el Decreto 537 de 1994 “*por el cual se reglamenta el artículo 50 de la Ley 65 de 1993 sobre el Servicio Militar para Bachilleres en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, con el fin de expedir la reglamentación que determinara los parámetros de su prestación y entre otros aspectos, la responsabilidad de los organismos involucrados.

Al respecto el mencionado Decreto 537 de 1994, señaló:

“ARTICULO 1º. Definición. El Servicio Militar Obligatorio establecido por la Ley 65 de 1993 para los Bachilleres es una modalidad especial del servicio, con el fin de cooperar en la custodia, vigilancia y resocialización de los internos en las diferentes cárceles del país.”

“ARTICULO 2º. Denominación. Los Bachilleres que presten el Servicio Militar Obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, actuarán dentro de la organización y funcionamiento que la ley asigne al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario con la denominación de Auxiliares Bachilleres del Cuerpo de Custodia Penitenciaria Nacional.”

“ARTICULO 3º. Objetivo. Los Auxiliares Bachilleres del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que presten el Servicio Militar Obligatorio durante el tiempo y condiciones previstas en este reglamento cumplirán con la obligación del Servicio Militar y tendrán derecho a que se les expida la tarjeta de reservistas de primera clase, a través de la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército”

“ARTICULO 10. Duración. El Servicio Militar Obligatorio para Bachilleres, en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrá una duración de doce (12) meses, de los cuales los tres (3) primeros serán para instrucción básica teórica-práctica, en los asuntos relativos a las funciones y obligaciones de la Guardia Nacional Penitenciaria y Carcelaria, y los nueve (9) restantes para la prestación del servicio propiamente dicho.

PARAGRAFO. El período del Servicio Militar Obligatorio coincidirá con los períodos académicos legalmente establecidos en el país.”

“ARTICULO 22. Prestaciones. Los Auxiliares Bachilleres del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, mientras presten el Servicio Militar Obligatorio, tendrán derecho a los beneficios que establece la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 de 1993. (Destacado fuera del texto)

El Servicio Militar Obligatorio establecido por la Ley 65 de 1993 para los Bachilleres es una modalidad especial del servicio, con el fin de cooperar en la custodia, vigilancia y resocialización de los internos en las diferentes cárceles del país. Los Bachilleres que presten el Servicio Militar Obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, actuarán dentro de la organización y funcionamiento que la ley asigne al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario con la denominación de Auxiliares Bachilleres del Cuerpo de Custodia y Penitenciaria Nacional.

Establece la norma que, los Auxiliares Bachilleres del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional mientras presten el Servicio Militar Obligatorio, tendrán derecho a los beneficios que establece la Ley 48 de 1993.

Frente al tiempo de servicio militar obligatorio para efectos de obtención de pensión por vejez, la Ley 48 de 1993, “*por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*” señalaba que todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendría derechos a que el tiempo del servicio militar le fuera computado para efectos del reconocimiento de las cesantías, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de dicha ley. Sin embargo, la ley 48 de 1993 fue derogada por el artículo 81 de Ley 1861 de 2017.

No obstante, en esta nueva legislación - Ley 1861 de 2017⁴ -, se estableció:

“ARTÍCULO 15. Prestación del servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio se prestará como:

a) Soldado en el Ejército;

b) *Infante de Marina en la Armada Nacional;*

c) *Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea;*

d) *Auxiliar de Policía en la Policía Nacional;*

e) *Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.*

PARÁGRAFO 1°. Las personas que presten el servicio militar obligatorio como Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional, de Justicia y del Derecho y el Inpec, se regirán por las disposiciones de esta ley y las demás aplicables al servicio militar en Colombia.

(...)." (Subrayas y negrilla fuera del texto)

"ARTÍCULO 45. Derechos al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley.

-

Los fondos privados computarán el tiempo de servicio militar para efectos de pensión de jubilación de vejez y pensión de invalidez:

-

(...)"

"ARTÍCULO 81. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación, y modifica los artículos 1°, 6° y 7° de la Ley 1184 de 2008, y *deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial*, la Ley 2a de 1977, Decreto 750 de 1977, Capítulo IX Ley 4a de 1991, Decreto 2853 de 1991, artículo 102 de la Ley 99 de 1993, *Ley 48 de 1993* y Decreto 2048 de 1993, artículo 41 de la Ley 181 de 1995, artículo 111 del Decreto-ley 2150 de 1995, artículo 13 de la Ley 418 de 1997 prorrogado y modificado por el artículo 2° de la Ley 548 de 1999, así como el artículo 2° de la Ley 1738 de 2014.

De acuerdo al artículo 45 de la Ley 1861 de 2017, todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio en las entidades del estado de cualquier orden tiene derecho a que el tiempo de ese servicio militar le sea computado para efectos de pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez y de asignación de retiro. Para efectos de la pensión de vejez y pensión de invalidez, les corresponderá a los fondos privados computar el tiempo de servicio militar para tal fin.

En consecuencia, el tiempo prestado en el servicio militar obligatorio puede ser computado como base para acceder al beneficio pensional, esto es pensión de vejez, pensión de invalidez, o asignación de retiro.

Por otro lado, para responder su tercer y cuarto interrogante, se hace necesario traer a colación las normas señaladas en su consulta. La Ley 32 de 1986, "Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", dispuso:

“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.” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo al artículo 96 de la Ley 32 de 1986, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicio, ya sea continuos o discontinuos, al servicio de la Guardia Nacional sin tener en cuenta su edad.

Por su parte, el Decreto 407 de 1994, sobre la pensión de jubilación, indicó:

“ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACION. 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.

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO 2º. El personal Administrativo del Instituto se registrará por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.

EL ARTÍCULO 168 del Decreto 407 de 1994, el cual estableció el Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, hizo extensivo el derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986, a los miembros del cuerpo de custodia que a la fecha de vigencia del decreto 407, esto es a partir del 20 febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios al INPEC.

Ahora bien, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, ordenó al Gobierno Nacional expedir el régimen de los servidores públicos que realizaran actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.

Más tarde, mediante Decreto 2090 de 2003 “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”, se señaló:

“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.

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:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.

(...)

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.

(...)

“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. (Destacado fuera del texto)

El Decreto 2090 de 2003 se expidió para establecer las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y para señalar las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de estos. En cuanto a las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, clasificó la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, como actividad de riesgo para la salud del trabajador.

Así mismo, mediante el artículo 11 del Decreto 2090 se derogó en su totalidad el artículo 168 de Decreto 407 de 1994.

Ahora bien, en igual sentido a lo indicado anteriormente, se hace necesario traer a colación un pronunciamiento del 4 de febrero de 2020⁵ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre el conflicto negativo de competencias administrativas en un tema relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC); al respecto, la sala realizó el siguiente recuento:

“(…) Luego fue expedido el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) que en el artículo 15 estableció el Sistema Nacional Penitenciario y en el artículo 172 confirió facultades extraordinarias para que se adoptara el régimen de personal del INPEC. 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. El artículo 78 del Decreto Ley 407 en cita clasificó el personal del INPEC en dos categorías: a) Personal administrativo, y b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. En relación con el régimen pensional, el artículo 168 del Decreto Ley 407 conservó el régimen especial de la Ley 32 de 1986 para el personal que estaba vinculado el 21 de febrero de 1994, fecha de entrada en vigencia de ese decreto ley; y para quienes entraran después de esa fecha, remitió al artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sobre actividades de alto riesgo de los servidores públicos.

-

(...)

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Las desarrolladas por el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria

La Ley 100 de 1993, en el artículo 140, incluyó como ejemplo de actividades de alto riesgo para los servidores públicos, las desarrolladas por el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria (...). El artículo 2º del (...) Decreto Ley 2090 relacionó entre las actividades de alto riesgo, las de custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria. (...) Finalmente, el Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política dispuso en el inciso séptimo que a partir de su vigencia (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 el parágrafo transitorio 5º se ocupó expresamente del régimen pensional especial de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia

-

(...)

MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL - Improcedencia de exigirles el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, al crear y organizar el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, incorpora el concepto de actividad de alto riesgo en el sector público, usa como ejemplo la actividad desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC y ordena al Gobierno Nacional que regule la actividad de alto riesgo de los servidores públicos. Es decir, la Ley 100 en el artículo 140 (...) asume que, por razón del riesgo inherente, actividades como la de custodia y vigilancia de la población carcelaria requieren de un régimen pensional especial. El artículo 140 de la Ley 100 en cita sería suficiente razón jurídica para excluir la exigencia del régimen de transición del artículo 36 de

la misma Ley 100, a los destinatarios de la pensión especial de jubilación consagrada en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. La evolución normativa y en particular el Acto Legislativo 1 de 2005, parágrafo transitorio 5º, también transcrito, reafirman la improcedencia de exigir el régimen de transición de la ley 100 a quienes ingresaron al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad al 21 de febrero de 2003.

-

(...)

RÉGIMEN PENSIONAL ESPECIAL DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Alcance

[E] régimen del artículo 96 de la Ley 32 de 1986: (i) Fue un régimen pensional especial, frente al régimen general adoptado por la Ley 33 de 1985 para los empleados oficiales. (ii) Como lo hizo explícito años después la Ley 100 de 1993, el régimen especial se creó en consideración 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) 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 el artículo 96 de la Ley 32 hizo al artículo 168 del Decreto Ley 407, en cita. (iii) El Decreto Ley 407 fue expedido el 20 de febrero de 1994, esto es, cuando ya había sido expedida y publicada la Ley 100 de 1993. (iv) La Ley 100 de 1993, en su artículo 140, además de ordenar al Gobierno Nacional la regulación de las actividades de alto riesgo en el sector público, enunció como ejemplo de esas actividades precisamente las del cuerpo de guardia penitenciaria, con lo cual reafirmó el fundamento de la especialidad de su régimen pensional y no adoptó norma alguna que afectara la vigencia o las condiciones de ese régimen especial pensional. (v) Con el Decreto Ley 2090 de 2003 se adoptó el estatuto de las actividades de alto riesgo del sector público, se estableció una pensión especial de vejez por razón de la naturaleza de la actividad, y se incluyó expresamente al cuerpo de guardia penitenciaria del INPEC. (vi) El Decreto 1950 de 2005 reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, únicamente para dejar explícito que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (21 de febrero de 2003) quienes se vincularan laboralmente al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC se pensionarían con el régimen adoptado para todos los servidores públicos que realizan las actividades definidas como de riesgo en el Decreto Ley 2090 en mención; y que el régimen de la Ley 32 de 1986 solo se conservaba para las vinculaciones anteriores a esa fecha. (vii) El Acto Legislativo 1 de 2005 dispuso la supresión de todos los regímenes especiales, y tomó medidas respecto de los beneficiarios de algunos de ellos, en particular ordenó que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que habían ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, se les aplicaría «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 [...]».

En consecuencia y para responder los numerales 3 y 4 de su consulta, de acuerdo al recuento normativo realizado por la Sala de consulta y servicio Civil del Consejo de estado, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que se vincularan laboralmente a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (21 de febrero de 2003) se pensionarían con el régimen adoptado para todos los servidores públicos que realizan las actividades definidas como de riesgo en el Decreto Ley 2090 en mención.

-

Por su parte, quienes ingresaron al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (20 de febrero de 2003), se les aplicaría «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 mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-02851-01(2895-04), actor: Graciela Álvarez Real, Demandado: Ministerio De Educación
3. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de noviembre de 1977, Consejero Ponente Dr. Nemesio Camacho Rodríguez, actor Luis Córdoba Mariño, Radicación No. 4241.
4. Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización.
5. Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00196-00(C), Actor: Administradora Colombiana De Pensiones (Colpensiones)

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:47:39