



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

Referencia:	Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Radicación:	15238-33-39-751-2015-00164-00
Demandante:	EFRAÍN PÉREZ PARODÍ
Demandado:	UAE de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver en primera instancia la demanda de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0326 del 24 de febrero de 2011, que reconoció la pensión de jubilación a favor del demandante expedida por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales; se declare el silencio administrativo negativo frente a las peticiones elevadas el 16 de marzo de 2012, el 12 de marzo de 2013 y el 11 de diciembre de 2013 y la nulidad de los actos fictos o presuntos generados por la administración al no responder las peticiones referenciadas.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación desde el 30 de noviembre de 2004 con todos los factores salariales contemplados en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, comprendidos entre el 26 de junio de 1993 hasta el 25 de junio de 2003, indexados hasta el 30 de noviembre de 2004 ó del 25 de junio de 2002 hasta el 25 de junio de 2003, indexados al 30 de noviembre de 2004; reliquidar la pensión teniendo en cuenta la diferencia existente entre todas y cada una de las mesadas pensionales y adicionales canceladas al demandante desde que adquirió el estatus de pensionado, a saber el 30 de noviembre de 2004 hasta la fecha en la que haga efectivo su pago; a indexar las sumas reconocidas; a pagar los intereses moratorios y cancelar a título de indemnización lo equivalente a un día de salario mínimo legal vigente por cada día de mora en el reconocimiento y pago de la diferencia existente entre lo reconocido por concepto del pago de la pensión de conformidad con lo establecido en el Decreto 1653 de 1977. (fls. 2 a 5)

3. FUNDAMENTOS DE HECHO

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

El demandante EFRAÍN PÉREZ PARODÍ laboró como médico al servicio del Instituto de Seguros Sociales, Clínica Julio Sandoval Medina Seccional Boyacá, durante el periodo comprendido entre el 30 de abril de 1980 al 25 de julio de 2003.

El Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 0326 de febrero 24 de 2011, le reconoció al demandante una pensión de jubilación porque fue calificado como Funcionario de la Seguridad Social y cumplió los requisitos establecidos para el reconocimiento pensional de conformidad con el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

El demandante aduce que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1º de abril de 1994, acreditaba más de 40 años de edad, motivo por el cual presentó el 16 de marzo de 2012, el 6 de marzo de 2013 y el 11 de diciembre de 2013 ante el Instituto de Seguros Sociales diversas peticiones solicitando la aplicación integral del artículo 19 del Decreto 1653 de 1977. (folios 1 y 3 del expediente)

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición de los actos administrativos demandados se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 83, 90 y 209 de la C.P.; artículos 137, 138 y 156 y siguientes de la Ley 1437 de 2011; el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, el Concepto Jurídico DJN-US-014390 del 24 de noviembre de 2008 expedido por el Director Jurídico del Instituto de Seguros Sociales, entre otras disposiciones.

Manifestó, que los actos administrativos están falsamente motivados, infringieron las normas en que debían fundarse y se expidieron de manera irregular, porque pese a que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de jubilación atendiendo lo preceptuado en el Decreto 1653 de 1977 por ser funcionario de la seguridad social, aplicó errónea y parcialmente el estatuto mencionado, liquidando la mesada pensional con factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y no los estipulados en el Decreto 1653 de 1977, vulnerando los derechos pensionales, laborales y adquiridos por el demandante, como el principio de inescindibilidad de la norma jurídica y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. (fls. 6 a 33)

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Especial y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP por escrito radicado el 23 de septiembre de 2015 (fl.111-119) contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, señaló que los actos administrativos demandados se expidieron conforme al ordenamiento jurídico como quiera que al ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le respetó el monto, tiempo y edad del régimen contenido en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, pero para calcular el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta lo indicado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Indicó, que para liquidar la mesada pensional se tomaron en cuenta los años laborados continuamente al servicio del Seguro Social, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, los empleados del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado y por ello se ciñen a las reglas dispuestas en el artículo 4º del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 1º del Decreto 1160 de 1994.

Precisó, que se aparta del precedente del Consejo de Estado en lo que respecta a la aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, precisó que aceptar una interpretación que permita la inclusión de todos los factores salariales sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter de remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones es inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo número 1 de 2005 y de la sentencia C-608 de 1999 que tiene efectos erga omnes.

Manifestó, que en el evento en que prosperen las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad, sostenibilidad presupuestal, eficiencia y universalidad del sistema de seguridad social integral, que sirvieron de fundamento para que la Corte Constitucional proferiera la sentencia C-258 de 2013. Así mismo señaló, que se debe aplicar la sentencia SU-230 de 2015, que reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concerniente a que las mesadas en régimen de transición se liquidan con la edad, tiempo de cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que periodo de liquidación y factores, es decir el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993.

Finalmente propuso como excepciones las siguientes:

- *Incumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UGPP – Falta de pronunciamiento previo de la vía administrativa.* Señaló que el demandante no agotó el requisito de procedibilidad frente a la UGPP tal como lo establece el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011. (fl. 118)
- *Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido.* Mencionó que el reconocimiento y pago de la pensión se realizó en debida forma y de conformidad con lo ordenado en la Ley, motivo por el cual no es viable el pago de nuevas sumas de dinero por este concepto. (fl. 118)
- *Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales.* Manifestó que actuó con estricta sujeción al ordenamiento jurídico, por lo tanto no se puede hablar de la violación de principios constitucionales, legales ni mucho menos fundamentales. (fl. 118)
- *Prescripción de mesadas.* Solicitó que en el evento en que prosperen las pretensiones de la demanda se declare la prescripción de las mesadas o las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a los 3 años de presentación de la demanda. (fls. 119)
- *Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.* (fl. 119)

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 20 de mayo de 2015 (fl. 85), siendo asignada por reparto al Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama; el 7 de julio de 2015 se admitió la demanda (fls. 87 y 88); de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del CPACA se corrió traslado por 30 días para contestarla, oportunidad dentro de la cual la UGPP presentó escrito de contestación (fl.111-119)

El 14 de marzo de 2016 este Juzgado avocó conocimiento del medio de control de la referencia (fl. 178) y el 3 de mayo de 2016 se adelantó la audiencia inicial dentro de la cual se resolvió la excepción denominada *incumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UGPP*

El 26 de mayo de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fl. 143); el 16 de junio de 2016 se continuó con la referida audiencia donde se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. (fls. 150)

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y de la contestación, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones tal como consta a folios 156 a 178 del expediente.

8. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio comprendido entre el 26 de junio de 2002 y el 25 de junio de 2003 ó del 26 de junio de 1993 hasta el 25 de junio de 2003.

Para desatar el problema jurídico planteado, se debe determinar si el demandante es beneficiario del régimen especial previsto para los funcionarios de la seguridad social en el Decreto 1653 de 1977 y encontrarse en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

9. CONSIDERACIONES

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas: i) Configuración del silencio administrativo negativo; ii) Régimen jurídico aplicable en materia pensional a los funcionarios de la Seguridad Social; iii) caso concreto.

i) Configuración del silencio administrativo negativo

El silencio administrativo constituye para la Administración "...el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean..."¹; y para el administrado, el "...mecanismo de sanción morosa..."² que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición³ y el acceso a la administración de justicia⁴.

Ahora bien, el silencio administrativo puede ser positivo o negativo, siendo éste último la regla general, pues ante la ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de la cual no se hubiere establecido efectos especiales, se presume que el transcurso del tiempo produce un acto con efectos negativos⁵.

Sobre el particular, el artículo 83 del CPACA, define el silencio administrativo negativo en los siguientes términos:

"Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa."

¹ Sayagués Iaso, Enrique de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 435.

² Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 221.

³ Artículo 23 de la Constitución Política de 1991.

⁴ Carlos Betancour Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo, señala que el silencio administrativo "es una garantía para el administrado y no para la administración". Página 229.

⁵ Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 253.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

De la lectura de la norma en cita, se infiere que cuando transcurre un determinado tiempo y la Administración no manifiesta su voluntad respecto de una solicitud en particular, de forma definitiva, se presume la existencia de un acto ficto que contiene una decisión desfavorable a las pretensiones del peticionario⁶. Dicha decisión tiene inmersa una facultad en cabeza del administrado de i) esperar a que la administración algún día se pronuncie, ii) hacer uso de los recursos⁷ en contra del acto ficto, o iii) formular a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda en contra del acto presunto.⁸

En suma, el silencio administrativo negativo es una garantía consustancial al debido proceso que debe prevalecer en toda actuación administrativa y que se erige en favor del administrado.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se advierte que el demandante solicita se declare la existencia del silencio administrativo negativo frente a las peticiones que manifiesta haber elevado el 16 de marzo de 2012, el 12 de marzo de 2013 y el 11 de diciembre de 2013 ante el Instituto de Seguros Sociales y la entidad que tenía a cargo su liquidación, sin embargo al revisar los documentos anexos con esta, tan sólo allegó dos de las tres solicitudes, a saber: la del 16 de marzo de 2013 (fl.46) mediante la cual solicitó el reajuste de la pensión de jubilación ante el Gerente Nacional de Recursos Humanos del Seguro Social aduciendo que no se incluyeron los pagos reconocidos por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos mediante la Resolución No. 5373 del 25 de octubre de 2005 y la petición del 11 de diciembre de 2013 (fl.52), en la que solicitó se le expidiera certificación de los factores salariales que se tuvieron en cuenta para calcular su mesada pensional, tal como consta a folio 52 del expediente.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 3 de marzo de 2016, Radicado número 05001-23-33-000-2013-01457-01(0569-14), Consejero Ponente: doctor William Hernández Gómez.

⁷ Establecidos en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Silencio Administrativo providencia del 8 de marzo de 2007, radicado número 14850 "...si bien el silencio administrativo opera por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de declaración judicial que lo reconozca, que lo declare o que lo constituya, ello no significa que el silencio administrativo negativo sustancial o inicial opere o se configure de manera automática, por la sola expiración del plazo consagrado como requisito para su configuración, comoquiera que en cuanto se trata de una garantía consagrada a favor del peticionario, quedará a voluntad de este determinar su efectiva configuración a partir de la conducta que decida emprender, puesto que dicho peticionario siempre tendrá la opción de continuar esperando un tiempo más para que la autoridad competente se pronuncie de manera expresa —pronunciamiento que puede realizarse en cualquier momento, mientras la administración conserve la competencia para ello y que de darse excluye, per se, la opción de que se llegue a configurar un acto administrativo ficto o presunto—, o, por el contrario, dejar de esperar y dar por configurado el respectivo silencio, bien porque hubiere procedido a interponer, en debida forma, los recursos pertinentes en la vía gubernativa contra el correspondiente acto ficto o presunto o bien porque hubiere procedido a demandar la declaratoria de nulidad de dicho acto administrativo presunto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al revisar el expediente administrativo en medio magnético del demandante, obrante a folio 105 (archivo magnético 2801), se corrobora que tan solo obra constancia de radicación ante la entidad de la petición del 16 de marzo de 2016, que corresponde a la misma que obra con sello de recibido a folio 46 y no de las otras dos peticiones informadas.

Revisadas las pruebas aportadas y los antecedentes administrativos allegados por la entidad demandada, no se encuentra respuesta expresa, contestación, comunicación o notificación concerniente a la petición de reajuste de la pensión de jubilación presentada el 16 de marzo de 2012 ante el Gerente Nacional de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales, por lo tanto se declarará la existencia del silencio administrativo negativo, tal como lo dispone el artículo 83 del CPACA, que dio origen al acto ficto o presunto respecto de la petición anteriormente relacionada.

Por otro lado, se negará la declaratoria de existencia del silencio administrativo negativo frente a las peticiones referidas del 12 de marzo y 11 de diciembre de 2013, por cuanto no se encuentra acreditado que hubieren sido presentadas o radicadas ante la entidad destinataria.

De contera valga precisar que con la demanda se anexa petición fechada del 6 de marzo de 2013 dirigida al ISS, pero sin constancia de radicación (fl.47-51) en la que el mismo aquí demandante solicita el reconocimiento y pago de prima de navidad y servicios legal y convencional, empero las pretensiones no refiere declaración alguna.

10. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN MATERIA PENSIONAL A LOS FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra el régimen de transición aplicable a aquellas personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, a saber el 1º de abril de 1994, tenían 35 años de edad o más si son mujeres o 40 años de edad o más si son hombres, o 15 años o más de servicios. Así pues, en virtud del régimen de transición es posible obtener la pensión de vejez teniendo en cuenta los requisitos establecidos tanto en el régimen general contemplado para los servidores públicos en la Ley 33 de 1985 como el estatuido para los regímenes especiales que se encontraban vigentes antes de la Ley 100 de 1993, entre los cuales encontramos el Decreto 1653 de 1977 aplicable a los funcionarios de la seguridad social que prestaran sus servicios al Instituto de Seguros Sociales.

Que el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, prevé que los **funcionarios de la seguridad social** tienen derecho a que se les reconozca la pensión de jubilación siempre y cuando hubieren prestado sus servicios durante 20 años continuos o discontinuos al Instituto del Seguro Social y los hombres cuenten con 55 años de edad y las mujeres con 50 años, en un monto equivalente al 100% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

De igual manera el precitado artículo enlista los factores que se deben tener en cuenta para calcular la mesada pensional, así:

- a. Asignación básica mensual.
- b. Gastos de representación.
- c. Primas técnica, de gestión y de localización.
- d. Primas de servicios y de vacaciones.
- e. Auxilios de alimentación y transporte.
- f. Valor del trabajo en dominicales y feriados, y
- g. Valor del trabajo suplementario en horas extras.

Ahora bien, para determinar si el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, se debe establecer en primera medida, si ostentaba la calidad de funcionario de la seguridad social, para lo cual se realizará el siguiente análisis:

• **De la condición de Funcionario de la Seguridad Social**

Mediante el Decreto 433 de 1971, se reorganizó el Instituto de Seguros Sociales cambiando su naturaleza jurídica a un establecimiento público. En virtud de esa transformación se expidió el Decreto 1651 de 1977, creando en el artículo 3º una tercera modalidad de servidores, denominados los Funcionarios de la Seguridad Social, así:

Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos.” (Negrillas del Despacho)

El artículo en mención fue desarrollado igualmente por los Decretos 1652 y 1653 de 1977. A su turno, el Decreto 413 de 1980 “por el cual se reglamentó la carrera del funcionario de Seguridad Social del Instituto de los Seguros Sociales”, dispuso en los artículos 2º, 3º y 4º que “**las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales, se clasifican en empleados públicos y funcionarios de seguridad social**”⁹. (Negrillas del Despacho)

Posteriormente, el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, dispuso que el Instituto de Seguros Sociales era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, y que el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977; y en el artículo 235 ibídem, señaló que los trabajadores del Instituto mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, siendo Magistrado Ponente el doctor Hernando Herrera Vergara, declaró por unidad normativa la inexecutable del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977, cuyos efectos se establecieron hacia el futuro, precisando lo siguiente:

“A juicio de la Corte, al disponer el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, dada su naturaleza de empresa industrial y comercial, mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social, se desconoce el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y de servicios públicos domiciliarios, por cuanto éstas, dada su naturaleza, por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores

⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, providencia del 8 de mayo de 2014, número interno 2725-2012, Consejero Ponente: doctor Gustavo E. Gómez Aranguren (E)

oficiales, y excepcionalmente, según sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos -Decreto 3135 de 1968 y sentencias Nos. C-484 de 1995 y C-253 de 1996-, la cual también puede ser asignada para determinados cargos en forma específica por la misma ley.

Por consiguiente, quienes laboran al servicio del Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado, a raíz de la reestructuración que se produjo en la citada entidad, adquieren en consecuencia por regla general la calidad de trabajadores oficiales con todos los derechos inherentes a esta clase de servidores públicos (...)

Así pues, al adscribirseles a los trabajadores del I.S.S. el carácter de empleados de la seguridad social, es decir, vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria y no la contractual propia del resto de trabajadores oficiales que laboran al servicio de todas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, **se rompe el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional, pues es claro que con aquella normatividad quienes prestan sus servicios al mencionado Instituto no tendrían los mismos derechos laborales y la misma protección legal con respecto a los que trabajan en las demás empresas del mismo rango y naturaleza.**

Con fundamento en las consideraciones precedentes, es evidente que al haberse transformado el Instituto de Seguros Sociales en una empresa industrial y comercial del Estado, sus trabajadores tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente para quienes desempeñen cargos de dirección y confianza, se les otorga la condición de empleados públicos, de conformidad con sus estatutos, **por lo que no es admisible una tercera modalidad de empleados, como la establecida en el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, pues al hacerlo quebranta el ordenamiento superior,** salvo que la misma ley precise en forma taxativa los empleos que son susceptibles de ser desempeñados por funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se hizo en el Decreto 2148 de 1992, según el cual el Presidente, Secretario General y demás funcionarios que desempeñen cargos de dirección o confianza, ostentan la calidad de funcionarios públicos. (...)

De la jurisprudencia en cita, se infiere, que a partir de la ejecutoria del precitado fallo, la cual se produjo el 20 de noviembre de 1996, los empleados que trabajaban en el Instituto de Seguros Sociales, ostentaron la calidad de trabajadores oficiales, porque la entidad se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, salvo aquellas personas que desempeñaran cargos de dirección y confianza, a quienes se les otorgó la condición de empleados públicos.

Seguidamente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 416 de 1997, que aprobó el Acuerdo 145 de 1997, proferido por el Instituto de Seguros Sociales, el cual en su artículo 1A, dispuso:

"Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. Presidente del Instituto.
2. Secretario General y Seccional.
3. Vicepresidente.
4. Gerente.
5. Director.
6. Asesor.
7. Jefe de Departamento.
8. Jefe de Unidad.
9. Subgerente.
10. <Numeral NULO>

~~Coordinador Clase 1, II, III, IV y V.~~

11. <Numeral NULO>

~~Jefe de Sección.~~

12. <Numeral NULO>

~~Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.~~

13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.

No sobra agregar que los apartes correspondientes a los numerales 10, 11 y 12 de esta última disposición, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado en providencia del 28 de octubre de 1999, Radicado No. 15954, Consejero Ponente: Doctor Silvio Escudero Castro.

A su turno, el Decreto 604 de 1997 "Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos de Instituto de Seguros Sociales", estableció un régimen de transición para los funcionarios de la seguridad social, así:

*"ARTÍCULO 1o. Las asignaciones básicas mensuales para 1997 de los servidores del Instituto de Seguros Sociales que **adquirieron la calidad de empleados públicos**, de acuerdo con el Decreto 416 de 1997, serán las señaladas por las disposiciones que para el efecto regulaban el régimen salarial en su anterior clasificación de Funcionario de Seguridad Social*

*ARTÍCULO 2o. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales de que trata el artículo anterior, **conservarán el régimen prestacional y factores salariales que venían disfrutando como Funcionarios de Seguridad Social***

ARTÍCULO 3o. El régimen salarial y prestacional para los demás empleados públicos y los que se vinculen con tal calidad a partir de la vigencia del presente decreto, será el establecido por las normas generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional."

La Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 3 de marzo de 2011, radicado interno número 0507-2010, siendo Consejero Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, al analizar el régimen especial para pensiones de los funcionarios de la seguridad social e interpretar la aplicación de los Decretos 416 y 604 de 1997, señaló:

*"De lo dispuesto en los dos primeros artículos transcritos, **los únicos servidores de la entidad demandada que conservaron el régimen prestacional y los factores salariales que venían disfrutando como funcionarios de seguridad social, fueron exclusivamente los que adquirieron la calidad de empleados públicos de acuerdo con el Decreto 416 de 1997.***

Según el Artículo 3° del Decreto 604 de 1997, también transcrito, los demás empleados públicos y quienes con tal calidad se vincularan a esa entidad en el futuro, gozarían del régimen salarial y prestacional establecido por las normas generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

*Lo anterior quiere decir que aquellos servidores que con antelación a la expedición del Decreto 416 de 1997 tenían la condición de empleados públicos, quedaron excluidos del régimen salarial y prestacional excepcional establecido en los Artículos 1° y 2° del Decreto 604, toda vez que se hallan subsumidos dentro de lo previsto en el Artículo 3° de este decreto, y por tanto les son aplicables las disposiciones generales que en materia salarial y prestacional gobiernan a los empleados públicos del orden nacional, pues, se reitera, **solamente quienes a partir de la expedición del decreto 416 de 1997 fungieron o fungen como***

empleados públicos, en dichas materias, –prestacional y factores salariales–, les sería aplicable, en caso de ser jurídicamente viable, lo previsto en el Artículo 2° del Decreto 604 de 1997, esto es, el sistema salarial y prestacional vigente para los funcionarios de seguridad social.” (Negrillas del Despacho)

De lo anterior, se advierte que los únicos servidores que conservaron el régimen prestacional y los factores salariales que venían disfrutando como funcionarios de la seguridad social, corresponde a aquellos que habían adquirido la calidad de empleados públicos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 416 de 1997, estatuto que en el artículo 1° enlistó los siguientes cargos como empleos públicos dentro de la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales: *Presidente del Instituto, Secretario General y Seccional, Vicepresidente, Gerente, Director, Asesor, Jefe de Departamento, Jefe de Unidad, Subgerente, los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

11. CASO CONCRETO

En el caso objeto de estudio se encuentra probado que el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ, nació el 15 de agosto de 1949 (folio 43) y para el 1° de abril de 1994 fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, contaba con más de 40 años de edad, por lo tanto se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100, pues cumplía con la edad establecida para que se le aplicara el régimen pensional anterior al cual estaba afiliado.

Ahora bien, como quiera que el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ invocó la aplicación del Decreto 1653 de 1977, que contiene el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestaron sus servicios al Instituto de Seguros Sociales, el Juzgado analizará si el demandante cumplió con los presupuestos establecidos en el artículo 19 de la norma mencionada, para ser acreedor de la reliquidación de la mesada pensional solicitada dentro de este medio de control.

Para el efecto, se observa a folios 181 y 182 del expediente, que el Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, certificó respecto de la vinculación y la calidad que ostentaba el demandante durante el tiempo que prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales, lo siguiente:

“ Que revisada la información digital que reposa en los archivos magnéticos del extinto Instituto de Seguros Sociales, se encontró que el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.096.801, estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado, durante el tiempo relacionado a continuación:

i) Desde el 30 de abril de 1980, hasta el 25 de junio de 2003

Que el carácter de su última vinculación fue el de Trabajador Oficial, desempeñando el cargo de MÉDICO GENERAL.

Que desde el 30 de abril de 1980, hasta el 30 de octubre de 1996, ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social.” (fl. 181) (Negrillas del Despacho)

Así mismo, señaló que:

“revisada la información digital que reposa en los archivos magnéticos del extinto Instituto de Seguros Sociales, se encontró que el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.096.801, estuvo vinculado a la Extinta E.S.E., durante los tiempos relacionados a continuación:

ii) Desde el 26 de junio de 2003, hasta el 01 de noviembre de 2004.

Que el carácter de su última vinculación fue el de Empleado Público, en virtud del Decreto Ley 1750 de 2003, desempeñando el cargo de MÉDICO grado 18 (8) Horas. (fl. 182) (Negrillas del Despacho)

De conformidad con los documentos referenciados, se deduce que el demandante ostentó las siguientes calidades durante el periodo que laboró en el Instituto de Seguros Sociales:

- Funcionario de la seguridad social del 30 de abril de 1980 hasta el 30 de octubre de 1996
- Trabajador oficial del 1º de noviembre de 1996 hasta el 25 de junio de 2003
- Empleado público desde el 26 de junio de 2003 hasta el 1º de noviembre de 2004, valga precisar que en este último periodo el demandante fue vinculado a la ESE Policarpa Salavarrieta de conformidad con lo establecido en el Decreto 1750 de 2003.

Ahora bien, conforme con la normativa aplicable al caso y citada en esta providencia, se colige que para ser beneficiario del reconocimiento pensional contemplado en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, es necesario cumplir con los siguientes requisitos: **a)** ser funcionario de la seguridad social **b)** Prestar sus servicios durante 20 años continuos o discontinuos al Instituto de Seguros Sociales **c)** contar con 55 años de edad en el caso de los hombres y 50 años las mujeres.

En este caso se encuentra demostrado en el plenario que el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ, tuvo la calidad de funcionario de la seguridad social, entre el **30 de abril de 1980 y el 30 de octubre de 1996**, esto es, por espacio de **16 años y 6 meses**, pues a partir del día siguiente (1º de noviembre de 1996) y hasta el 25 de junio de 2003 adquiere la calidad de trabajador oficial, tal como consta en la certificación aludida expedida por el Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, a folio 181 del expediente, por lo tanto se cumplen las exigencias del artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, es decir que no prestó durante 20 años de servicio en calidad funcionario de la seguridad social y en consecuencia las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Se reitera que el tiempo de servicio y la edad del trabajador son presupuestos indispensables para acceder al derecho pensional, el primero en calidad de funcionario de la seguridad social, sin embargo el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ no alcanzó a completar el tiempo de 20 años de servicios como funcionario de la seguridad social. En efecto, en virtud de la transformación del Instituto de Seguros Sociales en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, el demandante adquiere la calidad de trabajador oficial, perdiendo la calidad de funcionario de la seguridad social, toda vez que el cargo de Médico General desempeñado por el demandante no se haya enlistado dentro de los empleos públicos relacionados en el Decreto 416 de 1997, los cuales conservaron los beneficios del régimen prestacional de los funcionarios de la seguridad social del Decreto 604 de 1997.

En este punto, no sobra precisar que a pesar de que el demandante desde el 26 de junio de 2003 hasta el 1º de noviembre de 2004, ostentó la calidad de empleado público en virtud de la escisión de que fue objeto el Instituto de Seguros Sociales, siendo incorporado a la planta de personal de la ESE Policarpa Salavarrieta, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 1750 de

2003¹⁰, tal circunstancia no lo hace acreedor a los beneficios establecidos en el Decreto 604 de 1997, pues se repite el cargo que desempeñó el demandante no se encuentra enlistado en el Decreto 416 de 1997 como empleo público.

De conformidad con lo anterior, se infiere, que si bien es cierto, el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ esta cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es, que no es procedente la aplicación del artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, en tanto su situación *sui generis* solo puede regularse conforme al régimen anterior al cual se encontraba afiliado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, empero no le es aplicable las disposiciones de los trabajadores de la seguridad social, tal como se explicó en líneas anteriores.

Por último, esta instancia judicial considera que el beneficiario de la prestación periódica bajo el amparo del principio de favorabilidad en materia laboral, no le es dable escoger a su antojo el régimen pensional que le es aplicable, pues tal aspecto viene dado por orden de la Ley y en manera alguna puede obedecer al gusto o a los intereses económicos del pensionado.

Así las cosas, en el proceso objeto de estudio no se logró acreditar la causal de nulidad alegada por la parte demandante, ni desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda en lo que respecta a la reliquidación de la mesada pensional, razón que permite declarar probadas las excepciones de “*inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*” e “*inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales*”, propuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”.

No sobra precisar, que debido a la decisión de negar las pretensiones de la demanda, el Despacho no se pronunciara sobre la excepción de “*prescripción*” formulada por la entidad demandada.

12.COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El numeral 5º del artículo 365 del CGP y el párrafo 5º del artículo 3º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, que prevén que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (art.361 CGP)

¹⁰ **Artículo 17. Continuidad de la relación.** Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente decreto se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, quedarán automáticamente incorporados, sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto. Los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarán la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad.

Parágrafo. El tiempo de servicio de los servidores públicos que pasan del Instituto de Seguros Sociales a las Empresas Sociales del Estado, creadas en el presente decreto, se computará para todos los efectos legales, con el tiempo que sirvan en estas últimas, sin solución de continuidad.

Teniendo en cuenta que en el presente caso, las pretensiones prosperan de forma parcial en la medida que se declarara la existencia del acto ficto o presunto respecto de la petición del 16 de marzo de 2012 y se niegan las demás pretensiones de la demanda, por lo tanto **no impondrá** condena en costas.

13.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- Declarar la existencia del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo respecto de la petición de fecha 16 de marzo de 2012, presentada por el señor EFRAÍN PÉREZ PARODÍ ante el Gerente Nacional de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

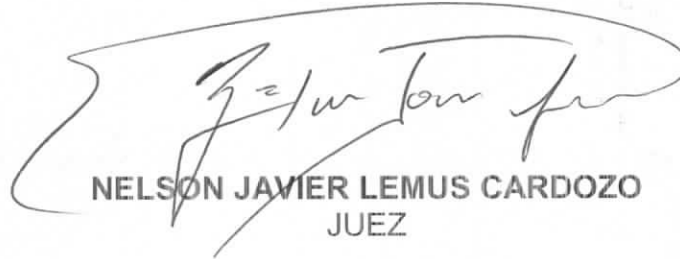
Segundo.- Declarar probadas las excepciones denominadas: *inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido e inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, planteadas por la apoderada de la UGPP.*

Tercero: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto: No condenar en costas.

Quinto: En firme esta providencia archívese el expediente, previo cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 192 del CPACA, y una vez liquidados los gastos ordinarios del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

mppf