



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, doce (12) diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicación: 15238-33-39-751-2015-00237-00  
Demandante: Sara Aurelia Ramírez de Rodríguez  
Demandado: UGPP

### 1. ASUNTO

Corresponde al Despacho dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

### 2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora SARA AURELIA RAMÍREZ DE RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: Resolución No. 5464 del 17 de septiembre de 2009, expedida por el Gerente Nacional de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales, mediante el cual se reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante; Resolución No. 2273 del 28 de noviembre de 2011 que modificó la Resolución 5464 del 17 de septiembre de 2009 y la nulidad de los actos fictos contenidos en los Oficios 15231.04006635 del 5 de agosto de 2011 y 15200019404 del 31 de julio de 2014 expedidos por el Instituto de Seguros Sociales mediante los cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación desde el 1º de septiembre de 2006 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 1º de septiembre de 2006 o el 25 de junio de 2002 hasta el 25 de junio de 2003 indexados al 1º de septiembre de 2006; a 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 1º de septiembre de 2006 hasta la fecha en la que haga se efectivo su pago

Pide que las sumas reconocidas se indexen y que se paguen 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 FACTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que la demandante laboró en el Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de abril de 1982 al 25 de junio de 2003, como Auxiliar de Servicios Asistenciales en la Clínica Julio Sandoval Medina Seccional Boyacá.

Que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 5464 del 17 de septiembre de 2009, modificada por la Resolución 2273 del 28 de noviembre de 2011 reconoció a favor de la señora Sara Aurelia Ramírez de Rodríguez una pensión de jubilación al ser calificada como *Funcionaria de la Seguridad Social* y cumplir los requisitos establecidos para el reconocimiento pensional de conformidad con lo señalado en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

Que es beneficiaria 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 35 años de edad, motivo por el cual presentó el 17 de enero de 2011, el 20 de octubre de 2011 y el 12 de marzo de 2012, ante el Instituto de Seguros Sociales diversas peticiones solicitando la aplicación integral del artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 (fl 1 y 3)

#### 4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 29, 48, 53, 83, 90 y 209 de la Constitución Política; artículos 137, 138 y 156 y siguientes de la Ley 1437 de 2011; el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, artículos 13, 14, 18, 20, 21 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 2º, 5º, 19, 33, 41, 51, del Código Procesal del Trabajo; artículos 4º, 8º, 10, 11, 12, 13, 15, 36 y concordantes de la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias y suplementarias.

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 funcionaria de la seguridad social, aplicó errónea y parcialmente el estatuto mencionado, liquidando la mesada pensional con los 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 la 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** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, señaló que los actos administrativos demandados se expidieron conforme al ordenamiento jurídico como quiera que al ser beneficiaria 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 profiriera 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 el 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 la 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. 179)
- *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. 179)
- *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. 179)
- *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. 180)
- *Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.* (fl. 180)

## 6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 21 de junio de 2015 (fl. 156), siendo asignada por reparto al Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama; el 21 de agosto de 2015 se admitió la demanda (fls. 158 y 159)

Por auto del 13 de mayo de 2016 este Juzgado avocó conocimiento del medio de control de la referencia (fl. 232); el 28 de junio de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial y se resolvieron las excepciones denominadas incumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UGPP y falta de pronunciamiento previo en vía administrativa (fls. 235 y 236)

El 28 de julio de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fl. 243); el 13 de octubre 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 para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emita concepto (fl. 260).

## 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 264 a 264 del expediente.

## 8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora SARA AURELIA RAMÍREZ DE RODRÍGUEZ 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 o por el contrario del periodo comprendido entre el 25 de junio de 1993 hasta el 25 de junio de 2003, que corresponde a los últimos 10 años de servicio, por ser beneficiaria 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.

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

## 9. CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El silencio administrativo constituye para la Administración "...el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean..."<sup>1</sup>; y para el administrado, el "...mecanismo de sanción morosa..."<sup>2</sup> que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición<sup>3</sup> y el acceso a la administración de justicia<sup>4</sup>.

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, por disposición del legislador, se presume que el transcurso del tiempo produce un acto con efectos negativos<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sayagües Iaso, Enrique de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 435.

<sup>2</sup> Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 221.

<sup>3</sup> Artículo 23 de la Constitución Política de 1991.

<sup>4</sup> Carlos Belancour 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.

<sup>5</sup> Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 253.

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.*

*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 del artículo 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 peticionario<sup>6</sup>.

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 recursos<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

Visto lo anterior, se concluye que 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, en el **caso concreto** la demandante solicita se declare la existencia del silencio administrativo negativo *"contenidos en los oficios 1523104006635 del 5 de agosto de 2011 y 15200019404 del 31 de julio de 2014 por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales negó la reliquidación pensional de la actora"* (fl. 3), no obstante es del caso señalar que los oficios anteriormente relacionados y que obran a folios 60 a 62 y 64 del expediente, contienen un pronunciamiento de fondo por parte de la administración sobre la reliquidación de la pensión de jubilación con el 100% del promedio devengado en el último año de servicios basado en el artículo 19 del Decreto 1651 de 1977, pues la entidad después de realizar un breve análisis de la solicitud le indicó en el oficio 15231.04006635 del 5 de agosto de 2011 que **"no es viable atender positivamente su solicitud"** (fl. 62) y en el oficio 15200019404 del 31 de julio de 2014 que **"no es procedente su solicitud"** (fl. 64).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Establecidos en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>8</sup> 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.

En tales condiciones, se infiere que los actos administrativos referenciados contienen una decisión definitiva de la administración sobre las peticiones elevadas por la señora SARA AURELIA RAMÍREZ DE RODRÍGUEZ frente a la reliquidación de la pensión de jubilación, motivo por el cual, con grado de certeza, en el presente asunto no se avisa la existencia de un acto ficto o presunto, sino de un acto concreto de contenido particular que denegó de manera clara y expresa la solicitud de reliquidación de la mesada pensional de la demandante.

Así las cosas, no podrá reconocerse la existencia del silencio administrativo negativo solicitado por la parte actora, aunado al hecho de que no se manifestó las peticiones sobre las cuales presuntamente operó el acto ficto o presunto alegado.

#### 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, norma que además enlista los factores que se deben tener en cuenta para calcular la mesada pensional.

Ahora bien, para determinar si la 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 realiza el análisis que sigue.

#### 11. 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"<sup>9</sup>. (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 parágrafo 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 parágrafo 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 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. (...)*

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

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 I, 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.*

Valga precisar que los apartes tachados de los numerales 10, 11 y 12 de la norma, 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 de 3 de marzo de 2011, radicado interno número 0507-2010, siendo Consejero Ponente el doctor 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 3º 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 1º y 2º del Decreto 604, toda vez que se hallan subsumidos dentro de lo previsto en el Artículo 3º 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 2º del Decreto 604 de 1997, esto es, el sistema salarial y prestacional vigente para los funcionarios de seguridad social." (Negritas del Despacho)*

De lo anterior se colige entonces que los únicos servidores que conservaron el régimen prestacional y los factores salariales que venían disfrutando como funcionarios de la seguridad social, son 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 1º 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.*

## 12. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra probado que la señora SARA AURELIA RAMÍREZ DE RODRÍGUEZ, nació el 8 de junio de 1956 (folio 63) y para el 1º de abril de 1994 fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, contaba con más de 35 años de edad, por lo tanto se encontraba cobijada 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 se encontraba afiliada.

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

Para el efecto, se observa a folios 254 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 la demandante durante el tiempo que prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales, lo siguiente:

*"Que revisada la información magnética que reposa en el archivo sistematizado planta de personal del extinto Instituto de Seguros Sociales, se encontró que la señora SARA AURELIA RAMÍREZ RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.742.248, estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado, en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES, durante el tiempo relacionado a continuación:*

*Desde el 6 de enero de 1984, hasta el 25 de junio de 2003*

*Que entre el 6 de enero de 1984 y el 30 de octubre de 1996, ostento la calidad de Funcionario de la Seguridad Social. (fl. 254) (Negrillas del Despacho)*

De conformidad con el documento referenciado, es claro que la demandante durante el periodo que laboró en el Instituto de Seguros Sociales tan sólo ostento la calidad de funcionaria de la seguridad social desde el 6 de enero de 1984 hasta el 30 de octubre de 1996, sin embargo para ser beneficiaria del reconocimiento pensional contemplado en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, es necesario que cumpla con los tres requisitos señalados en la misma norma, a saber: Ser funcionaria de la seguridad social, prestar sus servicios durante 20 años continuos o discontinuos al Instituto de Seguros Sociales y contar con 55 años de edad en el caso de los hombres y 50 años las mujeres.

En este orden, se encuentra demostrado en el plenario que la señora Sara Aurelia Ramírez de Rodríguez, tuvo la calidad de funcionaria de la seguridad social, entre el **6 de enero de 1984 y el 30 de octubre de 1996**, esto es, por espacio de **12 años y 9 meses**, tal como consta en la certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, a folio 254 del expediente, por lo tanto no se cumple con la exigencia del artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 que estableció que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación especial para quienes fueron funcionarios de la seguridad social, de haber prestado durante 20 años de servicio en esa calidad, por lo tanto las pretensiones no están llamadas a prosperar dentro del medio de control de la referencia.

Pues se reitera, pese a que el tiempo de servicio y la edad del trabajador son presupuestos indispensables para acceder al derecho pensional y que los dos supuestos deben cumplirse en calidad de funcionario de la seguridad social, en el caso concreto, la señora Sara Aurelia Ramírez de Rodríguez no completó el tiempo de 20 años de servicios como funcionaria de la seguridad social cuando, en virtud de la transformación del Instituto de Seguros Sociales en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, los servidores adscritos a dicha entidad adquirieron la calidad de trabajadores oficiales, perdiendo la demandante la calidad de funcionaria de la seguridad social, toda vez que el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales desempeñado, no se encuentra enlistado dentro de los empleos públicos relacionados en el Decreto 416 de 1997 que conservaron los beneficios del régimen prestacional que venían disfrutando los funcionarios de la seguridad social de conformidad con lo establecido en el Decreto 604 de 1997.

En este punto, no sobra precisar que a pesar de que la demandante, ostentó la calidad de empleada pública en virtud de la escisión de que fue objeto el Instituto de Seguros Sociales, siendo incorporada a la planta de personal de la ESE Policarpa Salavarrieta de la cual se retiró el 1º de septiembre de 2006 (fl. 37), dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003<sup>10</sup>, tal circunstancia no la

<sup>10</sup> 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.

hace acreedora a los beneficios establecidos en el Decreto 604 de 1997, pues se repite el cargo que desempeñó la señora Sara Aurelia Ramírez de Rodríguez no se encuentra enlistado en el Decreto 416 de 1997 como empleo público.

De lo anterior, se infiere, que si bien es cierto la accionante está cobijada 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* sólo puede regularse conforme al régimen anterior al cual se encontraba afiliada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin ser 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 las causales de nulidad alegadas 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 y se declararán 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 pronunciará sobre la excepción de "*prescripción*" formulada por la entidad demandada.

### 13. COSTAS

Así las cosas, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda.

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 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.

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.

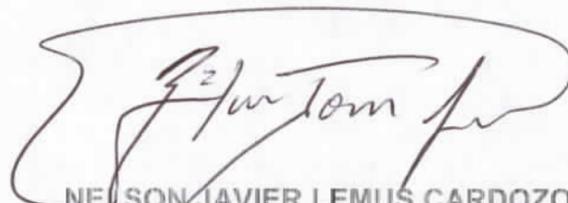
**Segundo.-** Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**Tercero.-** Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. y se fijan agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Cuarto.-** Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

**Quinto.-** En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO  
JUEZ

Mppf