

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C, 31 de enero de 2018.

Radicación: 050012333000201400058 02
Nro. Interno: 0341-2017
Demandante: Universidad de Antioquia
Demandado: Jorge Eliecer Ossa Londoño y Colpensiones
Asunto: Acción de lesividad – Reconocimiento pensión de jubilación ente no previsional.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 8 de septiembre de 2017¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquía, Sala Primera de Oralidad que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones.

La Universidad de Antioquia, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en modalidad de lesividad, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución 015 del 26 de enero de 2006, mediante la cual ordenó pagar temporalmente al demandado el valor de la diferencia no reconocida por el Instituto de Seguros Sociales² al determinar el ingreso base de liquidación de su pensión de vejez en aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 22 de diciembre de 2003, y hasta cuando el ente previsional asuma su pago.

¹ Informe visible a folio 648 del cuaderno 2.

² En adelante ISS.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) ordenar al demandado restituir a la demandante las sumas pagadas en virtud de lo reconocido a través del acto enjuiciado desde el 22 de diciembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2013, ii) que las sumas adeudadas sean actualizadas y, (iii) que el demandado sea condenado al pago de las costas procesales.

1.2 Hechos.

El demandado se vinculó a la Universidad de Antioquia el 17 de agosto de 1973 como docente de tiempo completo, y posteriormente ascendió en el escalafón durante su permanencia en la institución, llegando incluso a ocupar diversos cargos administrativos, siempre bajo la calidad de empleado público hasta cuando se produjo su retiro del servicio.

La Universidad de Antioquia estuvo facultada para reconocer directamente pensión de vejez a su personal docente y administrativo, hasta el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, momento en el que afilió a todos sus empleados al ISS y efectuó los respectivos aportes por los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante consideró que el ISS debía reconocer pensión de vejez a sus empleados beneficiarios del régimen de transición contenido en dicha disposición y que les faltare menos de 10 años para para consolidar el estatus pensional, teniendo en cuenta la totalidad de lo devengado como contraprestación de su labor, para lo cual debió computar las primas de navidad, servicios y vacaciones.

Mediante la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999, la entidad actora se subrogó temporalmente en parte de la obligación no asumida por el ISS de reconocer pensión a los empleados que se encontraban en las circunstancias descritas, ante la falta de respuesta del ente previsional a las reclamaciones sobre reconocimiento pensional elevadas por aquella respecto de sus empleados.

A través de comunicación del 21 de agosto de 2001, el representante legal de la Universidad de Antioquia solicitó al ente previsional el reconocimiento de las pensiones de jubilación del personal beneficiario del régimen de transición y que le faltare menos de 10 años para para adquirir la pensión de vejez, la cual fue resuelta negativamente mediante oficio del 25 de febrero de 2002, argumentando que la inclusión de los factores salariales en el IBL no depende del ente previsional ni del empleador, sino de lo previsto en el Decreto 1158 de 1994³, que no contempla las primas de servicio, navidad y vacaciones para dicho computo.

El ISS profirió la Resolución 14732 del 22 de agosto de 2005, en la que reconoció pensión de vejez al demandado a partir del 22 de diciembre de 2003, cuyo IBL fue calculado excluyendo las primas de navidad, servicios y vacaciones a pesar de haber sido devengadas durante el último año de servicio, ante lo cual la Universidad de Antioquia dictó la Resolución 015 del 26 de enero de 2006, en la que ordenó el pago temporal de la diferencia de la pensión reconocida por el ente previsional hasta tanto éste último asumiera dicha obligación.

1.3 Normas vulneradas y concepto de violación.

La parte demandante citó como disposiciones violadas las siguientes:

Los artículos 48 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4ª de 1992, 77 de la Ley 30 de 1992, 1º del Decreto 1158 de 1994 y 18 inciso tercero, 131, 151 y 228 de la Ley 100 de 1993.

Argumentó que el acto administrativo acusado es violatorio de la ley sustancial, al estimar que el demandado no se encuentra bajo ninguno de los supuestos señalados en el artículo 4º del Decreto 2337 de 1996, que define las funciones de los fondos para el pago del pasivo pensional en favor de los empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente de las

³ Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994.

universidades oficiales e instituciones de educación superior de carácter oficial y naturaleza territorial.

Señaló que a la Universidad de Antioquia no le asiste ninguna obligación pensional respecto de sus empleados, como quiera que no es la competente para reconocer y pagar emolumento alguno a título de pensión, salvo el bono pensional que con ocasión del traslado al Sistema de Seguridad Social debe realizar en casos particulares.

Sostuvo que el acto acusado riñe con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, toda vez, que a su juicio, la norma citada solo permite reconocer para efectos de la liquidación pensional los factores salariales sobre los cuales se realizaron las respectivas cotizaciones conforme lo prescribe el Decreto 1158 de 1994⁴.

Por último, refirió que mensualmente la universidad genera un egreso total por concepto de pago de mesadas pensionales, afectando claramente su patrimonio y constituyéndose en un perjuicio para dicha entidad.

2. Contestación de la demanda.

2.1 Dentro de la contestación de la demanda⁵, el demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que el acto enjuiciado fue proferido en cumplimiento de lo previsto en la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999, dictada por la rectoría de la Universidad de Antioquia, mediante la cual se subrogó en parte de la obligación que tiene y no reconoce el ISS con los servidores de la misma, beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social les faltaba menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, liquidando sus prestaciones según el promedio de lo devengado en el tiempo que les restara para ello, conforme al inciso tercero de la disposición referida y hasta tanto el ente previsional, directamente o por orden judicial, asumiera dichas obligaciones.

⁴ Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994.

⁵ Folios 360 a 387 del cuaderno 1.

Adujo que el acto enjuiciado no se encuentra incurso en causal de nulidad por cuanto fue expedido por la autoridad competente, en ejercicio de sus atribuciones legales, con la suficiente motivación y con el objetivo de dar cumplimiento a lo previsto por el tercer inciso del artículo 136 de la Ley 100 de 1993⁶.

Refirió que la conducta omisiva fue la desplegada por el ISS al no reconocer y liquidar la pensión de vejez de los empleados de la Universidad de Antioquia beneficiarios del régimen de transición previsto en la disposición citada.

Así mismo, indicó que resulta inviable la devolución de dineros percibidos por concepto de mesadas pensionales a partir del contenido del acto demandado, por cuanto no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; conforme lo prevé el artículo 164.1 literal c) de la Ley 1437 de 2011⁷.

2.2. A su turno la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que fue vinculada al proceso como litisconsorte a través del auto de fecha 20 de noviembre de 2015⁸ se abstuvo de dar contestación a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Antioquía – Sala Primera de Oralidad, mediante sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016⁹: i) decretó la nulidad del acto administrativo demandado; ii) denegó la pretensión de devolución de dineros percibidos por el demandado durante el término de vigencia de la resolución enjuiciada; y iii) condenó en costas a la parte accionada. Para estas decisiones señaló:

⁶ Dispone el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993: El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

⁷ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Folio 531 del cuaderno 1.

⁹ Folios 587 a 601 del cuaderno 2.

A partir de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social de los servidores públicos, trabajadores oficiales y personal docente de las universidades oficiales e instituciones de educación superior, que debió realizarse a más tardar el 30 de junio de 1995, la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones y demás prestaciones económicas sería la administradora de pensiones que haya recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurriera el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, que para el caso bajo estudio, corresponde al ISS hoy Colpensiones, como quiera que el demandado fue afiliado al referido sistema en julio de 1995 y no estaba dentro de las situaciones previstas por el Decreto 2337 de 1996¹⁰, para que el fondo de pasivos de la Universidad de Antioquia le reconociera pensión alguna.

La Universidad de Antioquia expidió el acto acusado sin tener competencia para realizar reconocimientos de carácter pensional, por lo que la decisión en él contenida no puede crear una situación particular amparable en favor del demandado, bajo la figura de los derechos adquiridos.

Resulta improcedente la devolución de las sumas de dinero pagadas durante la vigencia del acto enjuiciado, en razón a que lo pagado al demandado fue de buena fe y en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución atacada, cuya expedición fue por mera liberalidad de la demandante, para lo cual citó el contenido de los artículos 83 de la Constitución Política, 88 y 164.1 literal c) de la Ley 1437 de 2011.

4. Recursos de apelación.

La parte demandante¹¹ interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda al restablecimiento del derecho pedido en la demanda, consistente en el reembolso por parte del demandado de las sumas de dinero que le fueron pagadas en virtud del reconocimiento realizado a través de la resolución enjuiciada.

¹⁰ Por el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 1299 de 1994.

¹¹ Folios 604 y 605 del cuaderno 2.

Lo anterior, por cuanto dicho reconocimiento estuvo desprovisto de toda licitud, ya que la parte accionada debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar al ISS hoy COLPENSIONES la inclusión de las primas de navidad, vacaciones y semestral en el IBL de su pensión, lo cual fue omitido por dicho sujeto procesal a pesar de que esta obligación quedó contenida dentro del acto demandado, siendo improcedente inferir buena fe en la recepción de los dineros que le fueron pagados, máxime si se tiene en cuenta que ha sido la Universidad de Antioquia la que ha desplegado las actuaciones administrativas y judiciales para que el ente previsional proceda a reliquidar las pensiones de sus empleados.

Por su parte, **el demandado**¹² a través de su apoderado, también interpuso apelación, tendiente a que se revoque la decisión parcialmente estimatoria del *a quo*, y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda, arguyendo que la demandante al expedir el acto acusado actuó en cumplimiento de lo ordenado por ley, en el sentido de pagar por un tercero para garantizar el derecho pensional de sus empleados ante la negativa del ISS de asumir dichas obligaciones.

En este punto, destaca que el Tribunal de primera instancia no aceptó la validez de la figura del pago de la obligación por un tercero o subrogación que proviene del ordenamiento civil, desconociendo la integración normativa para una interpretación armónica del derecho y cuyo fin es tutelar los derechos pensionales de quienes fueron sus empleados, cuando la entidad de previsión responsable no acata la obligación legal de reliquidar dichas prestaciones.

Por otro lado, manifestó que debe aplicarse a su situación la sentencia de unificación dictada por esta sección el 4 de agosto de 2010 dentro del proceso 0112-09 cuya ponencia correspondió al Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en lo atinente a la inclusión de las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de la pensión del accionado como quiera que constituye la posición reiterada del Consejo de Estado sobre este

¹² Folios 606 a 618 del cuaderno 2.

particular e inaplicarse la sentencia SU- 258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional.

5. Alegatos en segunda instancia.

Dentro de esta etapa procesal únicamente la parte demandada¹³ allegó el escrito contentivo de las alegaciones de conclusión, en el cual reiteró los argumentos del recurso de apelación que interpuso.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problemas Jurídicos.

De acuerdo a los motivos de oposición aducidos por los apelantes, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar, si frente al reconocimiento de una pensión otorgada por el ISS a un servidor de la Universidad de Antioquia, ésta última era competente para pagar la diferencia por los factores no incorporados por el ente previsional al determinar el IBL pensional respectivo.

Adicionalmente, deberá pronunciarse sobre el reembolso de las sumas pagadas ante la declaratoria de nulidad del acto administrativo cuya nulidad se decretó.

Ahora bien, y con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala inicialmente abordará el estudio correspondiente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos antes de la vigencia de la expedición de la Ley 100 de 1993 y posteriormente, a la resolución del caso concreto.

2.2 Del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

¹³ Folios 636 a 647 del cuaderno 2.

Previo a la vigencia de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora conforme lo dispuesto en el artículo 75¹⁴ del Decreto 1848 de 1969¹⁵.

Posteriormente, fue expedida la Ley 100 de 1993¹⁶ como desarrollo del artículo 48¹⁷ de la Carta Superior, cuerpo normativo por medio del cual, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social, estableciéndose en la misma la obligatoriedad de afiliar al sistema a todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos¹⁸.

Ahora, respecto de la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 691 de marzo 29 de 1994¹⁹, mediante el cual se integró al referido sistema a los siguientes servidores: a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República²⁰.

Por su parte, el Decreto 692 del 29 de marzo de 1994²¹ al reglamentar los temas relacionados con afiliaciones, cotizaciones, administradoras de pensiones del Sistema General de Pensiones, definió la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones o demás prestaciones a que hubiere lugar al señalar lo siguiente:

¹⁴ «**Artículo 75º.**- Efectividad de la pensión. 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión...»

¹⁵ Mediante el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

¹⁶ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

¹⁷ «**Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley».

¹⁸ «**Artículo 15.-** Serán afiliados al sistema general de pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales...»

¹⁹ Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones.

²⁰ Ver artículo 1 del decreto citado.

²¹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

«Artículo 14. Efectos de la afiliación. La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario.

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la administradora que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la pensión o prestación correspondiente».

En ese orden, el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995²² estableció el límite temporal para que los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital seleccionaran el régimen al cual se afiliaran para los efectos de cotizaciones en pensión, señalando el parágrafo 2º de su artículo 2º, que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100 de 1993 debía hacerse a más tardar el 30 de junio de 1995. Señaló la referida norma lo que sigue:

«Artículo 2º.- Selección de régimen pensional. Una vez entre a regir el sistema general de pensiones en el orden departamental, municipal y distrital, los servidores públicos deberán seleccionar entre el régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, AFP, autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

Los servidores públicos que elijan afiliarse o trasladarse al Instituto de Seguros Sociales o al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán proceder de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de este Decreto.

Parágrafo 1º.- Los servidores públicos que ingresen al servicio con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones y elijan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben afiliarse al Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo 2º.- Los funcionarios públicos cuyas pensiones eran reconocidas y pagadas por las entidades empleadoras, deberán afiliarse a cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100 de 1993 a más tardar el 30 de junio de 1995».

²² Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial.

Posteriormente, el Decreto 2337 del 24 de diciembre de 1996²³ que tuvo por objeto establecer el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial, fue enfático en atender lo dispuesto en el Decreto 1068 de 1995, ya citado, respecto del marco temporal con que contaban los servidores públicos en afiliarse a uno de los dos regímenes pensionales contemplados en la Ley 100 de 1993, al consagrar lo siguiente en el parágrafo 1º del artículo 2º del referido decreto:

«Parágrafo 1º. De conformidad con la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos, trabajadores oficiales y personal docente de aquellas instituciones que reconocían y pagaban directamente las pensiones, la afiliación a uno de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, **debe haberse efectuado a más tardar el 30 de junio de 1995**, fecha en la cual, vencía el plazo para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para las entidades territoriales, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 1642 de 1995». (Negrillas fuera de texto)

Conforme las disposiciones anteriores, se colige que todos los servidores públicos como era el caso del señor Jorge Eliecer Ossa Londoño debían estar afiliados para el día 30 de junio de 1995, al Sistema General de Pensiones, como quiera que la misma hacía parte de la categoría de afiliados obligatorios de que trata el artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se tiene que después de la entrada en vigencia de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, los entes universitarios de carácter oficial perdieron competencia para el reconocimiento de pensiones de sus servidores y, por virtud de la afiliación obligatoria de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y de acuerdo a lo consagrado en el artículo 14 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994, es la administradora de pensiones que hubiere recibido o le correspondiese recibir las cotizaciones del período en el cual ocurriere el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, quien debe efectuar el reconocimiento de respectivo.

²³ Por el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 1299 de 1994.

Tesis que ha sido reiterada por la jurisprudencia de esta Sala en pronunciamientos tales como los contenidos en las sentencias de fechas 21 y 27 de abril de 2017, dictadas dentro de los procesos con radicados 05001233300020140019401 (0804-2016), 05001233300020140157301(0802-2016) y 05001233300020150011001 (2366-2016) de las cuales fue ponente la suscrita Consejera de Estado.

2.3 Del caso concreto.

Al demandado, mediante Resolución 14732 del 22 de agosto de 2005²⁴ le fue reconocida por parte del ISS, pensión de vejez a partir del 22 de diciembre de 2003, en cuantía mensual de cuatro millones trescientos sesenta y un mil setecientos sesenta y dos pesos (\$4'361.762).

En efecto, se observa que la Universidad de Antioquia mediante la Resolución 015 del 26 de enero de 2006²⁵ ordenó pagarle al señor Jorge Eliecer Ossa Londoño el valor que resulta de la aplicación del ingreso base de liquidación que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que no reconoció el ISS, en cumplimiento de la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999²⁶ suscrita por el rector de la referida institución académica, a través de la cual se subrogó en parte de dicha obligación.

De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del Decreto 1068 de 1995, es claro que los servidores públicos y por supuesto, el personal docente de las universidades oficiales e instituciones oficiales de educación superior, debían estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social a más tardar el 30 de junio de 1995, por lo que, a partir de tal fecha, la entidad competente para proceder al reconocimiento y pago de las pensiones y demás prestaciones económicas contempladas en la Ley 100 de 1993, es la administradora de pensiones que recibiera las cotizaciones de dichos servidores públicos.

Siendo así las cosas, se tiene que para el caso del accionado, no era la Universidad de Antioquia la autoridad competente para pronunciarse acerca

²⁴ Folios 57 a 60 del cuaderno 1.

²⁵ Folios 53 a 56 del cuaderno 1.

²⁶ Folios 48 a 50 del cuaderno 1.

de la adjudicación de su derecho pensional y específicamente, lo relacionado al mayor valor en su ingreso base de liquidación, por cuanto que, era obligación del ISS como entidad previsional o administradora de las cotizaciones realizadas por la demandada asumir dicho reconocimiento.

De hecho, el ISS fue la entidad que le reconoció mediante Resolución 14732 de 2005, pensión de vejez, de tal suerte que, era dicha entidad ante quien debió la accionada discutir o reclamar la aplicación de su ingreso base de liquidación conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no que la Universidad de Antioquia se subrogara para el cumplimiento de esta obligación.

Así las cosas, conforme al análisis que hasta aquí ha hecho la Sala, se concluye al igual que el *a quo*, que es ilegal la decisión contenida dentro del acto enjuiciado, debiendo dilucidarse si en consecuencia de la nulidad ya decretada por tal razón, procede el restablecimiento del derecho en los términos propuestos en la demanda.

La consecuencia de la nulidad del acto particular, por regla general, es retrotraer las cosas al estado inicial, de manera que se entienda que la decisión extinguida del ordenamiento positivo por ilegal o inconstitucional, nunca existió.

Sin embargo, tratándose de casos donde se discuten prestaciones periódicas, y principalmente cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.

En efecto, el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011²⁷ expresamente consagra que, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, no habrá lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; ello, guardando correspondencia con lo que venía dispuesto en el artículo 136 del

²⁷ CPACA.

Decreto 01 de 1984²⁸ y principalmente con la presunción contenida en el canon 83 de la Constitución Política.

Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, supuesto al que se ajusta el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, en orden de hacer viable el reembolso de las sumas de dinero perseguidas en esta demanda, la Universidad de Antioquia debió centrar su esfuerzo procesal en demostrar no solo la ilegalidad del reconocimiento contenido dentro del acto demandado, sino también, en acreditar que la obtención de tal derecho por parte del accionado se hizo con desconocimiento de los postulados de la buena fe, que como hemos precisado son presumibles.

Sin embargo, esta carga no fue debidamente asumida por la demandante, pues en el plenario no existen pruebas que evidencien la mala fe del demandado, por lo que es improcedente la recuperación de las sumas pagadas en su favor por virtud del acto acusado, así hubiere sido decretada su nulidad por desconocer los preceptos normativos a que debió sujetarse.

Costas procesales.

Con relación a las costas²⁹ la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda³⁰ de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo

²⁸ CCA

²⁹ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

³⁰ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección “B” Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR CON MODIFICACIÓN la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquía, Sala Primera de Oralidad que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, excepto el ordinal **CUARTO** de la misma que se **REVOCA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar, abstenerse de imponer condena en costas a la parte demandada.

Por intermedio de la Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CESAR PALOMINO CORTÉS